GESELLSCHAFTERNACHFOLGE UND ERBENGEMEINSCHAFT BEI DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

Erwin Küster

1968

9723

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0088

GESELLSCHAFTERNACHFOLGE
UND ERBENGEMEINSCHAFT
BEI DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Erwin Küster

aus Stuttgart

1 9 6 8

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23 · Belgradstraße 11

Dekan: Professor Dr. Karl Peters
1. Berichterstatter: Professor Dr. Fritz Baur
2. Berichterstatter: Professor Dr. R. Scheyhing

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1968

UNIV. LEIDEN BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Inhaltsverzeichnis	III
Schrifttum	VII
EINLEITUNG	1
1. KAPITEL: Erbrecht und Gesellschaftsrecht	2
§ 1 Wertungen	2
I. Erbrechtliche Prinzipien	2
II. Die Belange der OHG	2
III. Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsrecht	4
2. KAPITEL: Die Mitgliedschaft als Vermögensgut	6
§ 2 Die Mitgliedschaft	6
I. Begriff der Mitgliedschaft	6
II. Elemente der Mitgliedschaft	7
§ 3 Der Anteil am Gesellschaftsvermögen	8
I. Wesen des Anteils	8
II. Bedeutung des Anteils	10
§ 4 Die wertmäßige Beteiligung	12
I. Allgemeines	12
II. Die arbeitende Beteiligung	13
III. Die aufgelöste Beteiligung	15
§ 5 Abfindungsklauseln	16
I. Allgemeines	16
II. Die Abfindungsdifferenz	17
3. KAPITEL: Die Mitgliedschaft als Verkehrsgut	18
§ 6 Die Übertragbarkeit des Gesamthandsanteils	18
§ 7 Die Übertragbarkeit der Beteiligung	19
I. Die arbeitende Beteiligung	19
II. Die aufgelöste Beteiligung	21
III. Unterbeteiligung	21
4. KAPITEL: Die Mitgliedschaft beim Tod des Gesellschafters	23
§ 8 Gesetzliche Regelung	23

I. Der Anteil 23
II. Die Beteiligung 27

§ 9 Vertragliche Gestaltung 27
I. Fortbestandsklausel 27
II. Fortsetzungsklauseln 28
1. Die Eintrittsklausel 29
2. Die Nachfolgeklausel 30
III. Fortbestand und Abfindungsklauseln 31
IV. Beschränkte Fortsetzungsklauseln 33
1. Die beschränkte Eintrittsklausel 34
2. Die beschränkte Nachfolgeklausel 34

5. KAPITEL: Die Nachfolge in die Mitgliedschaft 36

§ 10 Vertragliche Konstruktionen 36
I. Eintrittsklausel 36
II. Übertragung zu Lebzeiten 36
III. Vertrag zugunsten Dritter 37

§ 11 Übergang der Mitgliedschaft kraft erbrechtlicher Universalsukzession? 39
I. Allgemeines 39
II. Vererbung der Beteiligung 40
III. Vererbung des Gesamthandanteils? 41
1. Unmittelbare Anwendung des § 1922 BGB 41
2. Erweiterte Anwendung des § 1922 BGB 42
3. Schwierigkeiten bei einer Mehrheit von Erben 43
4. Ausschaltung des Gesamthandsprinzips 44
IV. Sonderrechtsfolge 45
V. Sondererbfolge 47
1. Gesonderter Übergang der Mitgliedschaft 47
2. Zurechnung beim Nachlaß 48
3. Kritik 48
VI. Analogie zur Gütergemeinschaft (§ 1417 BGB) 50

§ 12 Der Erwerb der Mitgliedschaft (Nachfolgeklausel und Erbe) 51
I. Nachfolgeklausel und gesetzliche Erbfolge 51
1. Der Alleinerbe 51
a) Voraussetzungen der Gesellschafternachfolge 51
b) Voraussetzungen der fortgesetzten Gütergemeinschaft 53

c) Analoge Anwendung des § 1483 BGB 54
d) Zusammenfassung 55
e) Rechtsstellung des Erben als Nachfolger 55
2. Die Erbengemeinschaft 56
a) Der Gesamthandsanteil 56
b) Die Beteiligung 57
c) Der Gewinn 58
d) Haftung 58
3. Der alleinnachfolgeberechtigte Miterbe 58
a) Der Gesamthandsanteil 58
b) Die Beteiligung 59
c) Der Gewinn 60
d) Haftung 60
4. Nachfolgeklausel und gewillkürte Erbfolge 60
1. Der Gesamthandsanteil 62
2. Die Beteiligung 62

6. KAPITEL: Der Ausgleich unter Miterben 64

§ 13 Die Verteilung der Mitgliedschaft auf mehrere Erben 64
I. Gesamthandsanteil und Beteiligung 64
1. Der Erwerb beim Erbfall 64
2. Stille Gesellschaft oder Unterbeteiligung 65
3. Wirkung der Abfindungsklauseln 66
4. Dispositionsfreiheit der Erben 67
II. Die Gewinnverteilung 67
1. Allgemeines 67
2. Gestaltung durch die Erben 68

§ 14 Die Ausgleichspflicht des Gesellschafternachfolgers 69
I. Ausgleichsansprüche bei gesetzlicher Erbfolge 70
1. Keine Bevorzugung durch den Erwerb des Gesamthandsanteils 70
2. Die Beteiligung 70
II. Ausgleichsansprüche bei Verfügungen von Todes wegen 71
1. Der Gesamthandsanteil 71
2. Die Beteiligung 71
III. Zusammenfassung 72

§ 15 Gesellschafternachfolge und Pflichtteil 73
I. Der Pflichtteilsanspruch 73
1. Voraussetzungen, Wesen des Pflichtteilsanspruchs 73

2. Berechnung des Pflichtteilsanspruchs 74
3. Pflichtteil und Beteiligung 75
II. Pflichtteil und Abfindungsklauseln 77
1. Das Problem 77
2. Lösungsvorschläge 78
3. Die Beteiligung als auflösend bedingtes Recht 81
III. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch 84
1. Voraussetzungen. Abfindungsklauseln und Pflichtteilsergänzung 84
2. Pflichtteilsergänzung bei besonderen Abfindungsklauseln 86
3. Zusammenfassung 88
4. Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter 88

Lebenslauf 89

SCHRIFTTUM

Barella, Die besonderen Rechtsverhältnisse des Erben eines offenen Handelsgesellschafters, DB 1953, 140.

Barz, Gestaltungen in der erbrechtlichen Praxis heute, Deutscher Notartag 1965, 52.

Baumbach-Duden, Kommentar zum HGB, 17. Aufl. 1966.

Buchwald, Gesellschaftsanteil und Erbrecht, AcP 154, 22.

- , Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag, JR 1955, 173.

- , Abtretung von "Anteilen an einer Personengesellschaft", BB 1955, 52.

- , Der Betrieb eines Handelsgewerbes in Erben- oder Gütergemeinschaft, BB 1962, 1405.

Däubler, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965.

Dölle, Familienrecht, Band I, 1964.

Donner, Mehrheit von Erben eines Kommanditisten im Fall des § 177 HGB, DR 1943, 1205.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB, II. Band, 2. Hälfte, erläutert von Flechtheim, 3. Aufl. 1932.

Eiselt, Die Vererbung der Beteiligung an einer OHG, AcP 158, 319.

Ermann, Kommentar zum BGB, Band 1 und 2, 4. Aufl. 1967.

Esch, Die Unterbeteiligung an Handelsgesellschaftsanteilen, NJW 1964, 902.

Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 1964.

v. Gierke, Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters, Festschrift für Wieland (1934), 94.

Glaser, Haftungsfrage bei einer mit Erben fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft, DB 1956, 933.

v. Godin, Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 1949.

Goroncy, Bewertung und Pflichtteilsberechnung bei gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln, NJW 1962, 1895.

Hallermann, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Beteiligung des Erblassers in einer Personalgesellschaft, Diss., Münster 1954.

Hellmuth, Die Rechtsstellung der durch den Gesellschaftsvertrag von der Nachfolge in eine offene Handelsgesellschaft ausgeschlossenen Miterben bei der Beerbung eines Gesellschafters, Diss., Köln 1964.

Holch, Kann die Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters in seinen Nachlaß und damit in die Verwaltung eines Testamentsvollstreckers fallen?, Diss., Tübingen 1957.

Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl. 1964.

- , Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, DNotZ 1952, 550.

Kaufmann, Zur Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vermögensbindung, JZ 1959, 522.

Kipp-Coing, Erbrecht, Ein Lehrbuch, 12. Bearb. 1965.

Kipp-Wolff, Das Familienrecht, 7. Bearb. 1931.

Knöchlein, Abfindungsvereinbarungen bei Personalhandelsgesellschaften, DNotZ 1960, 452.

Knur, Gestaltungen in der erbrechtlichen Praxis heute (Diskussion), Deutscher Notartag 1965, 70.

Küster, Zur Frage der Gestaltbarkeit der Rechtsnachfolge für den Todesfall bei der OHG, DNotZ 1956, 460.

Lange, Lehrbuch des Erbrechts, 1962.

Lappe, Probleme des Gesellschaftserbrechts bei den Personalgesellschaften, Diss., Köln 1965.

Liebisch, Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters, ZHR 116, 128.

Merkel, Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, BB 1956, 835.

- , Zur Problematik der Unterbeteiligung an einer OHG-Beteiligung, NJW 66, 1552.

Michaelis, Zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben. ZAKDR 1943, 233.

Palandt, Kommentar zum BGB, 26. Aufl. 1967.

Parr, Die Nachfolge der Erben in eine Offene Handelsgesellschaft im Hinblick auf die Pflichtteilsberechtigten, Diss., Köln 1965.

Petersen, Zum Verhältnis von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Nachfolge von Erben in eine Personalgesellschaft, JZ 1960, 211.

- , Zur Gestaltung von gesellschaftsvertraglicher Nachfolgeklausel und letztwilliger Verfügung bei der Nachfolge von Erben in eine offene Handelsgesellschaft, BB 1963, 331.

Rauch, Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Personalgesellschafters, Diss., Würzburg 1965.

RGRK-BGB, Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II. Band 2. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse, §§ 705-779 bearbeitet von Fischer, 11. Aufl. 1960; IV. Band 1. Teil, Familienrecht, bearb. von Scheffler, 10./11. Aufl. 1960; V. Band, Erbrecht, bearb. von Johannsen und Kregel, 1. Teil 11. Aufl. 1960, 2. Teil 11. Aufl. 1961.

RGRK-HGB, Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, zweiter Band, bearb. von Weipert, 2. Aufl. 1950.

Reinicke, G. und D., Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht, NJW 1957, 561.

Reinicke, D., Der Rang der Ausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft, DB 1960, 1267.

Richardi, Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, 1961.

Rittner, Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft, FamRZ 1961, 505.

Schlegelberger-Geßler, Kommentar zum HGB, 2. Band, 4. Aufl. 1963.

Schlicht, Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklauseln (§ 139 HGB)? NJW 1954, 984.

Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl. 1958

- , Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, NJW 1955, 809.

- , Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, BB 1956, 837.

Siebert, Nachfolge eines Miterben in die Gesellschafterstellung bei der offenen Handelsgesellschaft, BB 1957, 18.

- , Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln und Pflichtteilsrecht, NJW 1960, 1033.

Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, II. Band, Einzelne Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1962; IV. Band, Familienrecht, 9. Aufl. 1963; V. Band, Erbrecht, 9. Aufl. 1961.

Sommer, Rechtliche Wege zur Bestands- und Nachfolgesicherung von Familiengesellschaften, Diss., Hamburg, 1967.

Staudinger, Kommentar zum BGB, Band II, Schuldverhältnisse, 4. Teil Lieferung 1, 11. Aufl. 1958; Band V, Erbrecht, 1. Teil, 11. Aufl. 1954, 2. Teil, 10./11. Aufl. 1960, zitiert mit dem jeweiligen Bearbeiter.

Stötter, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsanspruch, DB 1962, 264.

Sudhoff, Gesellschaftsrechtliche Abfindungsklauseln bei Errechnung des Pflichtteils- und Zugewinnanspruchs, NJW 1961, 801.

- , Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsanspruch, DB 1961, 1573.

Tiedau, Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen Güterrecht, MDR 1957, 641.

- , Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln, MDR 1959, 253.

- , Gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Probleme der Zugewinngemeinschaft, Deutscher Notartag 1961, 97.

Weiler, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers, DNotZ 1952, 283.

Wichmann, Die Nachfolgeklausel bei der OHG, Diss., 1960.

Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965.

Wiesmann, Die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung in der Personengesellschaft, Diss., Münster 1961.

Wolf, Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen "offenen" Gesellschafters, NJW 1954, 1549.

Würdinger, Gesellschaften, Erster Teil: Recht der Personalgesellschaften, 1937.

Zunft, Unklarheiten zu § 139 HGB, NJW 1957, 1129.

Die gebräuchlichen Abkürzungen entsprechen Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl. 1967.

EINLEITUNG

Der Gesetzgeber hat das Problem der Nachfolge in die Stellung des Gesellschafters einer OHG offengelassen. Weder im Erbrecht noch im Gesellschaftsrecht gibt er eine Nachfolgeregelung. Die Lücke regte zu mannigfachen Konstruktionen an. Schon das Reichsgericht hatte sich in einer frühen Entscheidung [1] mit der Gesellschafternachfolge auseinanderzusetzen, und noch in seinen letzten veröffentlichten Entscheidungen war es um eine Lösung bemüht [2]. Die eigentliche Diskussion begann nach dem Krieg. Hueck eröffnete sie 1952 mit seinem Aufsatz "Gesellschaftsvertrag und Erbrecht" [3]. Siebert gab ihr zwei Jahre später mit dem Vortrag "Gesellschaftsrecht und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft" einen würdigen Gipfel, und der Bundesgerichtshof entfachte sie mit dem tüfteligen Urteil vom 22.11.1956 [4] zu hellem Meinungsstreit, der zeigte, wie wenig bei der Gesellschafternachfolge schon als festgegründet gelten konnte. Die Diskussion hält noch an. Trotz vielen Vorschlägen fehlen anerkannte Lösungen.

Diese Arbeit untersucht bei der OHG das Wesen der Mitgliedschaft eines Gesellschafters und die Möglichkeit ihrer Übertragung auf Erben, den Ausgleich unter mehreren Erben, wenn einer von ihnen als Nachfolger bevorzugt wird, sowie Pflichtteilsansprüche der zurückgesetzten Angehörigen, zumal im Hinblick auf gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln.

---

1) RGZ 16,40.
2) RGZ 171, 328 und 345.
3) DNotZ 52, 550.
4) BGHZ 22, 186.

1. KAPITEL

ERBRECHT UND GESELLSCHAFTSRECHT

§ 1
WERTUNGEN

I. Erbrechtliche Prinzipien

1. Das Erbrecht kennt keinen Verstorbenen. Es nennt nur den "Erblasser"; der Tod bedeutet "Erbfall". Die Persönlichkeit des Toten ist erloschen. Von seinem Leben bleibt nichts als der Nachlaß. Ihn sieht das Gesetz einzig als verlassene Vermögensmasse, die unverzüglich in neue Hände überzuleiten ist. Nur dem Nachlaß gilt das Interesse, nur ihn regelt das Gesetz und meint, alles zu erfassen. Hierbei hat das Erbrecht die Tendenz zur Auflösung, zur Auseinandersetzung, zur Trennung unter den Erben [1]. Das hinterlassene Vermögen soll nicht zusammengehalten werden. Mit dem Wegfall seines Zuordnungssubjekts verliert es seine Einheit und Individualität. Es wird zur Erbschaft (§ 1922 I BGB). Nurmehr beliebige Einzelstücke bleiben in der Sicht des Erbrechts, die sich in Natur oder durch Versilberung teilen lassen.

2. Das Erbrecht behandelt die Erben gleich [2]. Bei mehreren Erben gewährt es jedem gleicher Erbquote eine gleiche Beteiligung. Die Freiheit, durch Testament oder Vermächtnis einen Erben vor den anderen zu bevorzugen, findet am Pflichtteil ihre Grenze: zumindest dieser ist als "Mindestportion" [3] für die nahen Angehörigen gewährleistet.

II. Die Belange der OHG

1. Die OHG paßt schwer in dieses Schema. Als Unternehmergemeinschaft, die durch Einsatz von Kapital und Arbeit zu einem oft bedeutenden, lebendigen Vermögensgefüge herangewachsen ist, ist sie nicht dazu bestimmt, zum

---

1) Rittner, Fam RZ 61, S. 511.

2) Rittner, a.a.O., S. 511: Das Erbrecht trägt liberalistische, individualistische und egalitäre Züge.

3) Rittner, a.a.O., S. 509.

Erben zerschlagen und aufgeteilt zu werden [4]. Das Gesetz sieht gleichwohl als Grundsatz die Auflösung der OHG beim Tode eines Gesellschafters vor (§ 131 Ziff. 4 HGB). Doch zugleich bietet es den Gesellschaftern an, durch vertragliche Gestaltung die Auflösung zu verhindern (§ 138 HGB). Nur dies entspricht dem Interesse der Gesellschafter und ist daher in der Wirklichkeit zum Normalfall geworden. Die Gesellschafter wollen ihre Gesellschaft nicht nur auf Zeit oder Lebenszeit erhalten wissen. Sie soll - was sie kann - den Tod eines von ihnen überleben. Indes, mit der Klausel der Nichtauflösung beim Todesfall ist es nicht getan. Es gilt weiter, sich der Erben zu erwehren, die das Kapital des Verstorbenen beanspruchen. Wohl kann dieses flüssig gemacht und dann den Erben ausgeantwortet werden, aber nur mit Opfern für den Teil und das Ganze.

Der Drang zum Fortleben der OHG wird vom Erbrecht nicht gewürdigt. Die verbliebenen Gesellschafter auch der fortbestehenden Gesellschaft haben den ausgeschiedenen so abzufinden, als ob die Gesellschaft mit seinem Tod eben doch aufgelöst worden wäre (§ 738 BGB) und in entsprechender Höhe die Erben zu befriedigen.

2. Die Gesellschafter müssen sich gegen das Erbrecht wenden, wenn die Gesellschaft ungeschmälert fortbestehen soll. Zwei Wege bieten sich an:

a) Der eine, konstruktiv einfachere, Weg sucht die Rechte der Erben zu kürzen. Ihr Abfindungsanspruch wird durch gesellschaftsvertragliche Klauseln gemindert oder ganz ausgeschlossen [5]. Die verbleibenden Gesellschafter erhalten, was dem Toten gehörte.
Nicht jeder Gesellschafter versteht sich dazu. Er will gern seine Stellung in der fortbestehenden Gesellschaft einem Erben übertragen können.

b) Darum sollen nach dem anderen Weg die Erben nicht ausgezahlt werden, sondern in der Gesellschaft das Leben des verstorbenen Gesellschafters fortsetzen. Sein "Kapital" soll, den Erben zugeordnet, weiterhin der Gesellschaft dienen; diese sollen zugleich auch seine personenrechtliche Stellung in der Gesellschaft fortführen. Anders ausgedrückt: die gesetzliche Folge des Fortbestands der Gesell-

---

4) Wiesmann S. 19: Bei ihr wird der Gesellschaftszweck fortlaufend verwirklicht, aber nie erreicht. Die gesellschaftliche Tätigkeit bleibt immer ein "Unternehmen", das der Vollendung nicht fähig ist. Sie ist ihrer Natur nach eine "ewige Gesellschaft".

5) s. unten § 5. Knöchlein, DNotZ 60, 463, weist auf die Nachteile hin, die der Gesellschaft damit drohen.

schaft, das Ausscheiden des toten Gesellschafters gemäß § 138 HGB - denn ein Toter kann nicht Gesellschafter sein -, soll durch sein Weiterleben in der Person des Erben als Gesellschafter vermieden werden [6].

c) Oft hat es sich als mißlich [7] erwiesen, daß einem Gesellschafter viele Erben folgen. Die erbrechtliche Gleichbehandlung aller Erben, nach der die Beteiligung schrankenlos in viele Kleinbeteiligungen vererbt wird, macht die Gesellschaft schwerfällig, bietet Anlaß zu Streitigkeiten. Ein Erbe soll daher bevorzugt sein, um allein in die Stellung des verstorbenen Gesellschafters nachzurücken.

III. Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsrecht

1. Man erkennt die Unterschiede im Erbrecht und im Gesellschaftsrecht. Hier der Erblasser, nurmehr Erinnerungssubjekt als bisheriger Träger des Vermögens, dort der Gesellschafter, dessen Tod, da er im Nachfolger weiterlebt, seine Stellung in der Gesellschaft unberührt läßt. Hier Auflösung, Aufteilung, Beendigung eines Rechtslebens und eines Vermögens, dort Fortbestand, Erhaltung, Unberührtheit der Rechtsstellung und des Vermögensgefüges [8]. Hier Gleichheit und Gleichbehandlung, dort der Hang zur Bevorzugung eines einzelnen Erben. Überspitzt: das Erbrecht ignoriert das vorausgegangene Leben des Erblassers, die Gesellschafter irgnorieren den Tod eines Gesellschafters.

2. Aus den Unterschieden erwachsen die Probleme. Aber, es ist nicht die Diskrepanz zweier gleichgeordneter Rechtskreise, die sich überschneiden. Es ist der Zwiespalt zwischen einer gesetzlichen Regelung, der des Erbrechts, und auf der anderen Seite einer autonomen vertraglichen Gestaltung im Gesellschaftsrecht. Das Handelsgesetzbuch regelt nicht die Fortsetzung der OHG, es gestattet sie nur. Die OHG darf nach Gesellschaftsrecht fortbestehen (§ 138 HGB). Wie sie

---

6) ähnlich Wiesmann S. 17.

7) Wiesmann S. 38.

8) vgl. BGH JZ 57, 308: Die Fortsetzungsklausel dient dem wirtschaftlich vernünftigen Zweck, das Gesellschaftsunternehmen beim Tode eines jeden Gesellschafters zu erhalten, es also nicht aus diesem Anlaß durch eine Auseinandersetzung zu zerschlagen.

fortbestehen kann, da sehe sie zu. Wie sie erhalten bleibt, welchen Schutz sie vor dem erbrechtlichen Zugriff [9] findet, hat der Gesetzgeber nicht gesagt. Er hat ihr nur ein weites Feld des Dispositiven geöffnet.

Für die Gesellschafternachfolge ist darum der Streit, ob beim Gegensatz von Erbrecht und Gesellschaftsrecht generell einer der beiden Rechtsordnungen der Vorzug gebühre [10], müßig. Auch der Hinweis auf Art. 2 EGHGB, der in Handelssachen die Vorschriften des BGB nur gelten läßt, soweit nicht im HGB etwas anderes bestimmt ist, bringt nichts [11]. Denn, wie gesagt, im HGB ist nichts bestimmt [12]. Vielmehr steht der erbrechtlichen Regelung keine gesetzliche gesellschaftsrechtliche Regelung bezüglich Fortbestand und Nachfolge gegenüber. So kann es für die Anwendung des einen oder des anderen Rechts keine wertende Interessenabwägung zwischen gegensätzlichen Normen geben. Die Gesellschafternachfolge ist ein rein erbrechtliches Problem. Grundsätzlich gilt Erbrecht als die gesetzliche Regelung.

Es kann daher nur darum gehen, zu prüfen, wieweit die gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit mit dem Erbrecht harmoniert und wo der gesetzliche Ausspruch eine abweichende vertragliche Gestaltung nicht mehr duldet [13].

---

9) Rittner, a.a.O., S. 511: Die Als-ob-Auseinandersetzung beim Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters führt prinzipiell zum gleichen Ergebnis wie die Liquidation der Gesellschaft.

10) Siebert, BB 57, 18: Das Erbrecht ist an das Gesellschaftsrecht anzupassen. Dagegen Buchwald, AcP 154, 22 und 26.

11) Schlicht NJW 54, 985.

12) Holch S. 6: Es gibt kein 'Erbrecht des Kaufmanns'.

13) Kaufmann, JZ 59, 523: Der Gesellschaftsvertrag hat sich den Normen des Erbrechts anzupassen. Dagegen Hueck, DNotZ 52, 554: Vorrang des Gesellschaftsvertrags.

2. KAPITEL

DIE MITGLIEDSCHAFT ALS VERMÖGENSGUT

§ 2
DIE MITGLIEDSCHAFT

I. Begriff der Mitgliedschaft

1. Alle Überlegungen um die Nachfolge müssen von der Gesellschafterstellung ausgehen. Sie umfaßt seine Rechte in der OHG; sie ist das Objekt der Nachfolge. Üblicherweise wird sie Mitgliedschaft genannt. Das Gesetz allerdings kennt nur die Mitgliedschaft im Verein [1]. Bei der Gesellschaft verwendet es diesen Ausdruck nicht [2]. Da sich jedoch in keiner Vorschrift eine Bezeichnung für die Gesellschafterstellung insgesamt findet, kann das allgemein eingebürgerte Wort Mitgliedschaft wertfrei beibehalten werden.

2. Ein Komplex von Einzelrechten kristallisiert sich in der Gesellschaft zur Mitgliedschaft. Im größeren Überblick werden sie etwa unterschieden nach vermögensrechtlichen und verwaltungsrechtlichen [3] oder nach übertragbaren und nicht übertragbaren Rechten [4]. Es sind Rechte wie Stimmrecht, Vertretungsrecht, Rechte auf Büchereinsicht, auf einen Gewinnanteil und den Anteil am Auseinandersetzungsguthaben, durchaus verschiedene, abdingbare und unabdingbare, dingliche und obligatorische Rechte, die jedem Gesellschafter zustehen oder nur einzelnen oder nicht allen gleich [5].

3. Die Vielgestalt spricht gegen die Einheit der Mitgliedschaft. Stets knüpft das Gesetz an das Detail, an Einzelrechte an und weiß für sie durchaus verschiedene Regelungen [6]. So ist es auch nicht möglich, die Mitgliedschaft wenigstens als Konglomerat von Rechten zu sehen, das einheitlichen Regeln folgt. Die differenzierende Wertung des Gesetzes steht dem entgegen. Noch beim

---

1) Vgl. § 38 BGB "Die Mitgliedschaft ist nicht übertragbar und nicht vererblich".

2) Dazu Richardi, S. 4, 7.

3) Vgl. Siebert S. 5; Würdinger, S. 61.

4) Im Anschluß an § 717 BGB, der ausdrücklich dahin differenziert.

5) Vgl. etwa §§ 114 II, 118 II, 125 II HGB.

6) Deutlich zeigen dies die §§ 717, 738 BGB.

Ausscheiden eines Gesellschafters behandelt es Teile der Gesellschafterstellung verschieden (§ 738 BGB).

II. Die Elemente der Mitgliedschaft

1. Eine Vorschrift, die die Gesellschafterstellung insgesamt ergreift, findet sich in § 738 BGB. Sie regelt das Schicksal der Mitgliedschaft beim Ausscheiden des Gesellschafters und unterscheidet zwischen einem "Anteil am Gesellschaftsvermögen", der den verbleibenden Gesellschaftern "anwächst", und einem Anspruch des Ausscheidenden auf Zahlung desjenigen, "was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre".

§ 738 BGB macht deutlich, daß die Mitgliedschaft rechtlich nicht aus einer Einheit und nicht aus einer Vielheit, sondern im Grund aus einer Zweiheit besteht [7]. Denn mehr als den "Anteil am Gesellschaftsvermögen" erhalten die übrigen Gesellschafter nicht, mehr als den Geldanspruch nicht der Ausscheidende; übrig bleibt nichts. Mit diesen beiden Elementen läßt sich daher die Mitgliedschaft, die Gesellschaftserstellung, umreißen.

2. Dabei zeigt sich jetzt schon: der Ausscheidende hat keinerlei Mitwirkungsrechte in der Gesellschaft mehr. Mit dem "Anteil am Gesellschaftsvermögen" verliert er zugleich alle Gesellschafterrechte, verliert er seine Stellung als Gesellschafter [8]. Der Verlust des "Anteils am Gesellschaftsvermögen" bringt dem Ausscheidenden hingegen keinen Vermögensverlust; er erhält alles, was ihm bei einer Auflösung der Gesellschaft zukäme [9]. Seine wertmäßige Beteiligung in der Gesellschaft bleibt vom Verlust des Anteils am Gesellschaftsvermögen unberührt. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen hat demnach offenkundig keinen Vermögenswert, da sein Verlust keinen Vermögensverlust bringt. Die wertmäßige oder vermögensmäßige Beteiligung in der Gesellschaft, die zeigt, mit wieviel der Gesellschafter in der Gesellschaft "drinsteckt" und wie hoch daher beim Ausscheiden sein Geldanspruch ist, enthält ihrerseits wiederum keine Mitwirkungs-

---

7) Siebert, S. 7. So auch klar BGH NJW 67, 1961.

8) Hueck, S. 329; Schlegelberger-Geßler, § 138, 13.

9) BGH 17, 136; Baumbach-Duden, § 138, 4 D; Hueck S. 332; Rittner, a.a.O., S. 511; Schlicht, NJW 54, 986.

rechte [10].

§ 3
DER ANTEIL AM GESELLSCHAFTSVERMÖGEN

I. Wesen des Anteils

1. In "Gesellschaftsrecht und Erbrecht" hat Siebert 1954 für die Mitgliedschaft unterschieden zwischen "eigentlicher Mitgliedschaft" und "vermögensmäßiger Beteiligung" des Gesellschafters [1]. Später allerdings hat er die klare Trennung nicht mehr fortgeführt [2]. Doch es lohnt, seinen Gedanken noch einmal nachzugehen.

Der Gesellschafter ist seiner Stellung nach Mitglied und Teilhaber. Durch den Gesellschaftsvertrag hat er sich mit den Mitgesellschaftern zu einer individuellen, locker oder fest gefügten, stets exklusiven und eng beschränkten Personeneinheit verbunden, die zu einem gemeinsamen Zweck (§ 105 HGB) zusammenarbeitet. Worauf sich die gegenseitige Verbundenheit gründet, ist nicht so sehr der Gesellschaftsvertrag, sind nicht die Beiträge, die Arbeit des Einzelnen, sondern ist die Eigenart, daß den als Gesellschaft verbundenen Gesellschaftern etwas gehört, was ihnen je einzeln nicht gehört. Das ist das Gesellschaftsvermögen. Es steht den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu (§ 719 BGB). Jeder Gesellschafter hat teil an ihm, doch keiner hat einen greifbaren Teil, der sich abgrenzen oder quotenmäßig ausdrücken ließe. [3] Als Gesamthänder ist jeder Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen mitberechtigt. Diese gesamthänderische Mitberechtigung vermittelt die persönliche Stellung des Gesellschafters in

---

10) Im Prinzip vertreten eine Trennung der personenrechtlichen und der vermögensrechtlichen Seite der Mitgliedschaft RGZ 106, 65; 170, 394; 172, 204; BGH NJW 67, 1962; Dietrich, DR 43, 807; Donner, DR 43, 1208; Kaufmann, JZ 59, 523; Küster, DNotZ 56, 461; Michaelis, ZAkDR 43, 233; Schlicht, NJW 54, 985; Siebert, S. 6; Wolf, NJW 54, 1549.

1) a.a.O., S. 6. Ebenso Küster, DNotZ 56, 461. Dagegen Buchwald, JR 55, 173.

2) Siebert, BB 56, 837.

3) Hueck, S. 159.

der Gesellschaft, die eigentliche Mitgliedschaft [4]. Die Gesamthandsberechtigung ist der Kern der Mitgliedschaft. Nur wer einen Gesamthandsanteil hat, ist Gesellschafter; nur Gesellschafter können einen Anteil haben [5].

2. Das Gesamthändersein erschöpft sich in einer Mitberechtigung, Mitverfügungsbefugnis [6] des Gesellschafters an den Objekten des Gesellschaftsvermögens. Das Gesetz spricht mißverständlich vom "Anteil am Gesellschaftsvermögen" (§ 719 BGB), doch der Anteil hat nichts mit einer wertmäßigen Beteiligung des Gesellschafters in der Gesellschaft zu tun. Er setzt sie auch nicht voraus [7]. Der Anteil jedes Gesellschafters als Mitberechtigung ist gleich, ob er nun eine größere oder kleinere Beteiligung am Kapital der Gesellschaft hat. Auch wer keine Beteiligung hat, weil er statt einer Einlage seine Arbeitskraft eingebracht hat, hat doch einen gleichen Anteil wie die anderen am Gesellschaftsvermögen, das die übrigen Gesellschafter eingebracht haben. [8] Seine Wertbeteiligung ist Null, dennoch "gehört" ihm das Gesellschaftsvermögen so sehr wie den anderen [9]. Zwar erhielte er bei Auflösung der Gesellschaft nichts, doch über das Gesellschaftsvermögen darf er gleichwohl mitbestimmen, kraft seiner gesamthänderischen Mitberechtigung.

3. Daraus erhellt, daß der "Anteil am Gesellschaftsvermögen" nichts mit dem in der Gesellschaft gebundenen Vermögen des Einzelnen, mag es nun Kapitalanteil, Kapitalkonto oder sonstwie geheißen werden, gemein hat. Die vermögensmäßige oder kapitalmäßige Beteiligung in der Gesellschaft ist von dem bloßen Gesamthandsanteil am Gesellschaftsvermögen zu unterscheiden [10]. Die Terminologie des Gesetzes verleitet leicht zur Verwechslung oder Gleichsetzung beider, umso mehr, als es den Ausdruck nicht nur in einem Sinn verwendet. § 719 BGB meint mit dem nicht übertragbaren Anteil am Gesellschaftsvermögen die gesamthänderische Mitberechtigung. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen dagegen, den ein Gläubiger pfänden kann (§ 725 I BGB, § 859 I ZPO), ist offensichtlich nicht die wertleere Hülle des Gesamthandseigentums eines Gesellschafters, sondern

---

4) Siebert, S. 6.
5) Baumbach-Duden, § 124, 2 B. Schlegelberger-Geßler, § 105, 36; Hueck, S. 159.
6) Siebert, S. 6.
7) Eiselt AcP 158, 328; Rauch, S. 11; Schlegelberger-Geßler § 105, 36. Siebert, S. 6. Wiesmann, S. 98.
8) Schlegelberger-Geßler, § 109, 36. Siebert, S. 6. Wiesmann, S. 112.
9) Hueck, S. 289 Fußn. 15.
10) Siebert, S. 6.

seine einen Vermögenswert darstellende Kapitalbeteiligung. [11]

Auch § 738 BGB drückt aus, daß im Gesamthandsanteil kein Vermögenswert steckt. Er wächst den übrigen Gesellschaftern ohne Vermögens- oder Kapitalmehrung an [12]. Zwar verringert sich die Zahl der Berechtigten um den Ausgeschiedenen, insofern wird die Gesamthandsberechtigung der übrigen Gesellschafter verstärkt [13] (= "Anwachsung"). Doch darin liegt keine Vermögensmehrung, da nach der Vorstellung des Gesetzes der Ausgeschiedene voll auszuzahlen ist.

II. Bedeutung des Anteils

1. Die Konstruktion der Gesamthand ist nicht von ungefähr ins Gesellschaftsrecht übernommen worden. Die OHG ist kein Rechtssubjekt, sie kann darum nicht selbst Träger eines Vermögens sein. Wohl verleiht ihr § 124 I HGB eine gewisse rechtliche Selbständigkeit, doch ohne sie damit zur juristischen Person zu machen [14]. Die OHG, das sind die unter sich verbundenen Gesellschafter [15], nicht ein neben ihnen stehendes Rechtsgebilde. Sie sind Träger der Rechte der OHG, nicht die OHG selbst. § 124 HGB ändert daran nichts. Er bestimmt lediglich, daß die Gesellschafter als OHG nicht nur unter ihrem eigenen Namen, sondern auch unter der Firma der OHG in gewisser Weise am Rechtsverkehr teilnehmen können. Wegen der fehlenden Rechtssubjekteigenschaft der OHG bedurfte es der Konstruktion des Gesamthandsvermögens der Gesellschaft, dank welcher Vermögensgegenstände aus dem Einzelvermögen der Gesellschafter ausgesondert und im Gesellschaftsvermögen als eigene, individuelle Vermögens-

---

11) § 135 HGB formuliert klarer: "Pfändung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt".

12) Die Kapitalkonten der Gesellschafter erhöhen sich nicht, sondern das Eigenkapital der Restgesellschaft mindert sich um die Kapitalbeteiligung des Ausgeschiedenen, Baumbach-Duden, § 138, 4 A.

13) Siebert, S. 7.

14) Hueck, S. 23.

15) Hueck, S. 197: Die Gesamtheit der Gesellschafter als Gemeinschaft zur gesamten Hand.
Wiesmann, S. 103.

masse [16] zusammengefaßt werden können. Trotz der Bezeichnung Gesellschaftsvermögen gehört dieses Vermögen nicht der Gesellschaft, sondern, eigenartig verbunden, allen Gesellschaftern. § 717 I BGB formuliert richtig: "gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen)".

2. Die Bedeutung des Gesamthandanteils als "eigentliche Mitgliedschaft" hat Siebert zutreffend formuliert [17]. In ihm, nicht in einer Kapitalbeteiligung, sind die wesentlichen Gesellschafterrechte begründet. Zu ihnen gehören:

Geschäftsführungsbefugnis, §§ 114, 116 HGB
Widerspruchsrecht, § 115 HGB
Entziehungsrechte, §§ 117, 127 HGB
Einsichtsrecht, § 118 HGB
Stimmrecht, § 119 HGB
Vertretungsrecht, § 125 HGB
Kündigungsrecht, § 131 Ziff. 6 HGB
Liquidationsrecht, § 146 I HGB,

aber auch die unbeschränkte Haftung nach § 128 HGB.

Alle diese Rechte sind dem Gesamthandsanteil zuzuordnen. Sie haben keinen vermögenswerten Charakter. Sie sind sämtlich nicht übertragbar [18]. Diese Rechte sind es, die sich hinter dem Anteil am Gesellschaftsvermögen, der nach § 738 BGB den übrigen Gesellschaftern anwächst, verbergen.

---

16) Hueck, S. 166: selbständiges Sondervermögen. Es ist vom Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter scharf zu unterscheiden (S. 158).

17) Siebert, S. 6. Oder in BB 56, 837: Personenrechtlicher Teil der Mitgliedschaft. Dazu Eiselt, AcP 158, 328.

18) Schlegelberger-Geßler, § 109, 10.

§ 4
DIE WERTMÄSSIGE BETEILIGUNG

I. Allgemeines

1. Das Gesellschaftsvermögen umfaßt alle Gegenstände, die der Gesellschaft zugeordnet sind und Vermögenswert haben. Es entsteht in erster Linie durch Beiträge und Arbeitsleistung der Gesellschafter [1]. Die wertmäßige Beteiligung eines Gesellschafters an diesem Gesellschaftsvermögen [2] gilt, zumal bei der Taxierung seines Nachlasses, als wichtigster Teil der Mitgliedschaft. Ihre Höhe bestimmt seine Stellung in der Gesellschaft. Sie ist zugleich Vermögens- wie Machtfaktor. Doch weder setzt die Mitgliedschaft eine Beteiligung voraus [3] noch eine Beteiligung die Mitgliedschaft [4].

Ersteres ergibt sich aus dem Wesen der Gesellschaft. Der Gesellschafter ist mit Gründung der Gesellschaft Gesellschafter - auch wenn er (noch) keine Einlage erbracht hat, ihm noch kein Gewinn gutgeschrieben ist [5]. Er bleibt Gesellschafter bei Verlusten der Gesellschaft, die höher sind als ihr Vermögen, auch bei eigener Verschuldung an die Gesellschaft. Eine wertmäßige Beteiligung ist in allen diesen Fällen nicht vorhanden.

Eine Beteiligung andererseits ohne Mitgliedschaft hat der atypische stille Gesellschafter [6] einer OHG. Ihm steht kein Gesamthandsanteil zu, ihm fehlen alle Mitverwaltungs- und Kontrollrechte, die an den Anteil geknüpft sind. Die Stille ist darum nicht Gesellschafter der OHG [7]. Gleichwohl kann vereinbart sein, daß er am Vermögenszuwachs der Gesellschaft teilhat und nach Auflösung der stillen Gesellschaft bei der Auseinandersetzung so gestellt wird, als sei er Gesellschafter der OHG. Seine Einlage wird so nicht wie eine Einlage in der stillen

---

1) Hueck, S. 161 f.

2) In der Literatur gibt es dafür eine Vielzahl von Bezeichnungen, wie vermögensmäßige, wirtschaftliche oder kapitalmäßige Beteiligung, Kapitalanteil, Kapitalbeteiligung.

3) Oben § 3 I 2.

4) Hueck, NJW 54, 447, auf den sich Wichmann für seine andere Meinung beruft, spricht nicht dagegen, denn er meint dort den Gesamthandsanteil, der nur Gesellschaftern zustehen könne.

5) Schlegelberger-Geßler, § 105, 5 und 6.

6) Zum Begriff: RGZ 126, 390; BGH 3, 75; 7, 178.
Baumbach-Duden, §§ 336/337, 4; Schlegelberger-Geßler.

7) Herrschende Lehre, vgl. Hueck, S. 213, Fußn. 57.

Gesellschaft [8], sondern wie eine Beteiligung in der OHG behandelt [9].

2. Bei der Beteiligung lassen sich zwei Stadien unterscheiden, die arbeitende und die aufgelöste Beteiligung. Die arbeitende Beteiligung ist in der Gesellschaft eingesetzt. Sie stellt durch den Gesellschaftszweck gebundenes Vermögen des Gesellschafters dar. Mit dem Ausscheiden des Gesellschafters oder der Auflösung der Gesellschaft wird auch die Beteiligung aufgelöst (§§ 738, 730 BGB). Dem Gesellschafter steht nunmehr ein Abschichtungsanspruch [10] (§ 738 BGB) bzw. ein Anteil am Liquidationsüberschuß (§ 734 BGB, § 155 HGB) zu.

II. Die arbeitende Beteiligung

1. Die Beteiligung stellt das dem einzelnen Gesellschafter zustehende Stück von der Gesamtmasse des Gesellschaftsvermögens dar. Vom Gesetz wird sie nicht definiert. In § 139 I HGB wird sie als "Einlage" erwähnt, in § 725 I BGB als pfändbarer "Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen". Am einfachsten läßt sich sich begreifen als Quote des Gesellschafters am Wert des gesamten Gesellschaftsvermögens (z.B. 1/4 oder 25 %). [11]

Dabei ist "Gesellschaftsvermögen" kein eindeutiger Begriff. Man muß unterscheiden zwischen dem in der Bilanz offen ausgewiesenen Wert, dem "Buchwert", und dem wirklichen Wert, dem "Vollwert" [12] des Gesellschaftsvermögens, der auch alle stillen Reserven umfaßt. Der Vollwert kann ein Mehrfaches des Buchwerts betragen. Er entspricht dem Erlös, der sich bei bestmöglicher Verwertung des Unternehmens - Verkauf im Ganzen oder Versilberung der Einzelgegenstände - ergäbe. [13] Dementsprechend gibt es auch für die Beteiligung die

---

8) Nach §§ 336, 337 HGB hat die Stille mit seiner Einlage nur am Gewinn und Verlust der stillen Gesellschaft teil, nicht aber an der Vermögensentwicklung des Inhabers (= OHG).

9) Baumbach-Duden, §§ 336/337, 4, der allerdings von einer fiktiven "gesamthänderischen" Beteiligung spricht.

10) Diese Bezeichnung findet sich bei Siebert, S. 7, 8. Hueck, S. 333, spricht in diesem Zusammenhang von der Abschichtungsbilanz.

11) Vgl. Baumbach-Duden, § 120, 3 A; Hueck, S. 173; RGRK-HGB, § 120, 16.

12) Die mitunter gebrauchte Bezeichnung "Verkehrswert" ist nicht glücklich, da es keinen Markt für Unternehmen gibt, vgl. Wiedemann, S. 211.

13) Hueck, S. 333 Fußn. 58.

zweierlei Werte Buchwert und Vollwert.

2. Mit dem "Kapitalanteil" (§§ 120, 121, 122, 155 HGB) ist die Beteiligung nicht identisch [14]; dieser ist nur ein unvollkommener Versuch, sie buchmäßig zu erfassen [15]. Das Gesetz will mit dem Kapitalanteil die Beteiligung umschreiben, die sich zusammensetzt aus Einlagen und Gewinnen, vermindert um Entnahmen und Verluste [16]. Dieses auf dem Kapitalkonto ausgewiesene "Kapital" des Gesellschafters zeigt jedoch nicht alles, was zur Beteiligung zu zahlen ist. Stille Reserven, die in der Bilanz nicht erscheinen, drücken sich in ihm nicht aus [17], ebensowenig der Gewinn des laufenden Jahres, der erst zum Bilanzstichtag gutgeschrieben wird. Das Kapitalkonto gibt darum nicht den wirklichen Wert, sondern nur den Buchwert der Beteiligung an.

Es ist auch denkbar, daß ein Gesellschafter eine Beteiligung hat, ohne daß für ihn ein Kapitalkonto geführt wird. So, wenn er nur seine Arbeitskraft in die Gesellschaft einbringt und ihm erst aus Gewinnen eine Beteiligung erwächst. Buchmäßig schlägt sich der Gewinn erst zum Bilanzstichtag in der Bilanz nieder und drückt nun die Beteiligung in einem Kapitalkonto aus. Schon vorher aber hat der Gesellschafter eine Beteiligung entsprechend dem ihm gebührenden Teil des erzielten Gewinns. Ihr Wert zeigt sich an dem, was der Gesellschafter erhielte, wenn die Gesellschaft jetzt auseinandergesetzt würde [18]. Denn von der Gründung der Gesellschaft an besteht für jeden Gesellschafter ein - nur der Höhe nach unbestimmter - Anspruch auf einen Teil des Auseinandersetzungsguthabens. [19]

Die Kapitalanteile dienen als Rechnungsgröße [20], als Meßzahl für verschiedene

---

14) Herrschende Lehre, vgl. Hueck, S. 168, Fußn. 44 mit Nachweisen.

15) Siebert, S. 7.

16) Schlegelberger-Geßler, § 120, 11.

17) Die stillen Reserven verteilen sich unmittelbar nach dem Verhältnis der Kapitalkonten, Buchwald, JR 55, 173.

18) Däubler, S. 8, verwendet den Begriff "Wert der Mitgliedschaft" als gleichsam etwas Drittes neben Kapitalanteil und Beteiligung. In Wirklichkeit ist sein "Wert der Mitgliedschaft" identisch mit der Beteiligung ohne ein Kapitalkonto, wie sie hier beschrieben wird.

19) RGZ 60, 130.

20) RGZ 171, 331: rechnerische Grundlage für die Wertermittlung.

Zwecke [21] (Gewinnverteilung, Stimmengewicht). Sie stellen aber kein eigenes substantielles Recht dar [22]. Ihre Bedeutung liegt vor allem darin, daß sie das Wertverhältnis der einzelnen Beteiligungen zueinander ausdrücken [23].

3. Die Beteiligung eines Gesellschafters wächst im gleichen Maß wie das Gesellschaftsvermögen - auch wenn sein Kapitalkonto unverändert bleibt. Verluste andererseits mindern das Gesellschaftsvermögen und entsprechend auch den Wert der Beteiligung. Ebenso beeinflussen Einlagen oder Entnahmen die Beteiligung. Die in der Gesellschaft arbeitende Beteiligung hat demnach keinen festen Wert. Ihr Wert steigt und fällt mit der Entwicklung der Gesellschaft. Er ist nicht bestimmt, allenfalls bestimmbar. Da, solange die Gesellschaft betrieben wird, keine verteilende Zuordnung ihres Vermögens an die Gesellschafter stattfindet, ist die genaue Wertbestimmung der Beteiligung nicht so wichtig. Die Gesellschafter interessiert vor allem das Verhältnis ihrer Beteiligungen, da von ihm wesentlich ihre Stellung in der Gesellschaft beeinflußt wird. Dem dienen in der Regel die Kapitalkonten, die das Verhältnis der einzelnen Beteiligungen festlegen. [24]

III. Die aufgelöste Beteiligung

1. Mit dem Ende der Gesellschaft oder beim Ausscheiden eines Gesellschafters erstarrt seine Beteiligung zu einer festen Größe, die sich in einem bestimmten Geldbetrag für einen Stichtag angeben läßt [25]. Der Endwert der Beteiligung tritt in Erscheinung als das, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Das ist im Fall der Auflösung ein Anteil am Überschuß (§ 155 I HGB). Scheidet ein Gesellschafter aus der fortbestehenden Gesellschaft aus, so steht ihm ein Abschichtungsanspruch zu, der nach § 738 S. 2 BGB das umfaßt, was er bei fiktiver gleichzeitiger Auflösung der Gesellschaft erhielte, also wieder den Anteil am Überschuß.

---

21) RGRK-HGB, § 120, 16: Maßstab für die wirtschaftliche Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen.

22) Hueck, S. 168, mit zutreffender Kritik an Schlegelberger-Geßler, § 120, 10, der den Kapitalanteil als selbständiges Recht versteht.

23) RG 117, 242; RGRK-HGB, § 120, 16; Schlegelberger-Geßler, § 120, 10.

24) Baumbach-Duden, § 120, 3 B a.

25) Zur Ermittlung des Betrags vgl. Hueck, S. 333 f.

2. Der Anspruch auf einen Anteil am Auseinandersetzungsguthaben und der Abschichtungsanspruch unterscheiden sich inhaltlich und in der Wertbemessung nicht [26]. Sie verhalten sich zueinander so, daß ersterer nach vollendeter Liquidation den effektiven und letzten Wert der Beteiligung angibt, während der Abschichtungsanspruch für jeden beliebigen Stichtag vor der Liquidation den gedachten Auseinandersetzungsanteil als Wert der Beteiligung bezeichnet. Die aufgelöste Beteiligung erweist sich in beiden Fällen als gewöhnlicher Geldanspruch [27] gegen die anderen Gesellschafter.

§ 5
ABFINDUNGSKLAUSELN

I. Allgemeines

Üblich sind im Gesellschaftsvertrag Abfindungsklauseln, die das Ausscheiden eines Gesellschafters für die Gesellschaft erträglich machen [1]. Sie beschränken den Abschichtungsanspruch, oft empfindlich. Statt des Abschichtungsanspruchs, der den vollen Wert der Beteiligung umfaßt [2], erhält der Ausscheidende nur eine Abfindung, die erheblich unter dem Wert seiner Beteiligung am Stichtag liegen kann. So wird häufig bestimmt, der Berechnung des Abfindungsanspruchs seien nicht die wirklichen Werte der Gesellschaftsgüter zugrundezulegen, sondern die Buchwerte [3], die regelmäßig kleiner sind [4].

Nicht nur in der Höhe unterscheiden sich der Abschichtungs- und Abfindungsanspruch. Während jener sofort fällig ist, können für diesen etwa Ratenzahlun-

---

26) Zwar ist bei Auflösung der Gesellschaft eine Naturalverteilung des Überschusses möglich, doch ist es immer zulässig, alles zu versilbern und so letztlich einen Geldbetrag zu verteilen, vgl. Palandt, § 734, 2.

27) Hueck, S. 337; Palandt, § 717, 2 c, § 738, 2 c; Schlegelberger-Geßler, § 138, 24.

1) Sie werden im Schrifttum allgemein als zulässig angesehen. Einschränkungen bei Schlegelberger-Geßler, § 138, 26.

2) Hueck, S. 333.

3) Baumbach-Duden, § 138, 4 E.

4) Oben, § 4 II 1.

gen [5] vereinbart sein, wobei der Rest auch zinslos im Gesellschaftsvermögen verbleiben kann.

II. Die Abfindungsdifferenz

1. Abfindungsklauseln berühren unmittelbar nur die aufgelöste Beteiligung, nicht die arbeitende. Sie greifen erst ein, wenn die Beteiligung aus der Gesellschaft herausgelöst wird. Die arbeitende Beteiligung, die der Gesellschaft als Eigenkapital zur Verfügung steht, schmälern sie naturgemäß nicht. Doch auch sie wird durch eine Abfindungsklausel schon bedingt belastet, da sie der Abfindungsregelung bei einem Ausscheiden des Gesellschafters nicht mehr entzogen werden kann. Jede Klausel, die den Abschichtungsanspruch zu einem Abfindungsanspruch mindert, bedeutet daher auch eine Minderung des Werts der Beteiligung. Sie wird wirksam, wenn die Beteiligung aufgelöst wird.

2. Die Abfindungsklausel bewirkt eine Differenz zwischen Vollwert und Abfindungswert der Beteiligung. In Höhe dieser Abfindungsdifferenz gehört dem Gesellschafter die Beteiligung nur solange, wie er mit ihr in der Gesellschaft bleibt. Er verliert sie mit dem Ausscheiden. Die Abfindungsdifferenz ist demnach ein Teil der Beteiligung, der dem Gesellschafter vertraglich nur auflösend bedingt zusteht. Mit seinem Ausscheiden tritt die auflösende Bedingung ein. Die Abfindungsdifferenz ist seiner Verfügung dahin entzogen, daß er sie nicht aus der Gesellschaft herauslösen kann. Dieser Teil seiner Beteiligung verbleibt im Gesellschaftsvermögen und fällt damit den übrigen Gesellschaftern zu. Die Abfindungsklausel bedeutet daher eine im Gesellschaftsvertrag getroffene, aufschiebend bedingte Zuwendung der Abfindungsdifferenz an die jeweils anderen Gesellschafter [6]. Die Zuwendung ist bereits vollzogen, da sich jeder Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag gebunden hat [7]. Sie ist gegenseitig und damit entgeltlich, wenn die Klausel alle Gesellschafter gleich trifft [8]. Wer mehr gibt als die anderen, kann insoweit eine unentgeltliche Zuwendung machen [9].

---

5) Baumbach-Duden, § 134, 4 E. Hueck, S. 338.

6) Sommer, S. 202. Dagegen Rittner, FamRZ 61, 512; Wiedemann, S. 194.

7) Siebert, S. 11.

8) BGH Z 22, 194. Baumbach-Duden, § 138, 4. Buchwald, JR 55, 174. Reinicke, NJW 57, 562. Schlegelberger-Geßler, § 138, 26.

9) Unten § 15 III 2.

3. KAPITEL

DIE MITGLIEDSCHAFT ALS VERKEHRSGUT

§ 6
DIE ÜBERTRAGBARKEIT DES GESAMTHANDSANTEILS

1. Die Übertragbarkeit des Gesamthandsanteils regelt § 719 BGB lapidar: der Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verfügen. Nach dem Gesetz ist also der Anteil nicht übertragbar. Das Verbot entspringt nicht dem Gesamthandsprinzip; mit ihm wäre eine Übertragbarkeit wohl vereinbar [1]. Es entspringt vielmehr der Eigenart der Gesellschaft als einer engen Personengemeinschaft, die vornehmlich durch die Gesamthandsberechtigung eines jeden am Gesellschaftsvermögen zusammengehalten wird [2]. Der einzelne Gesellschafter soll hier nicht unbesehen den übrigen Gesellschaftern statt seiner einen anderen Mitgesellschafter präsentieren können. [3]

Mit der Gesamthänderstellung, der eigentlichen Mitgliedschaft, sind auch alle Mitverwaltungsrechte unübertragbar [4]. Mehr aber verbietet § 719 BGB nicht. Er umfaßt nicht die Gesellschafterstellung insgesamt, also auch die vermögensrechtliche Seite.

2. § 719 BGB ist dispositiv. Der Gesellschaftsvertrag kann die Übertragung zulassen. Das Einverständnis der Gesellschafter bewirkt die Übertragbarkeit der eigentlichen Mitgliedschaft [5]. Meist ist sie jedoch nicht unbeschränkt übertragbar. Der Gesellschaftsvertrag nennt oder umschreibt bestimmte Personen, die den Anteil eines Gesellschafters erwerben dürfen, etwa die Erben oder nur der älteste Sohn [6]. Dann kann der Anteil allein ihnen übertragen werden. Eine Übertragung an andere als die im Vertrag aufgeführten Personen wäre unwirksam [7], da sie von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht gedeckt wird.

---

1) BGH 13, 185; BGH WPM 61, 303. Hueck, S. 290.
2) Schlicht, NJW 54, 985.
3) Vgl. Siebert S. 19 und Sommer S. 141 (mit zahlreichen Nachweisen).
4) So auch Hueck S. 288.
5) Heute einhellige Meinung. Dazu Siebert, S. 16.
6) Vgl. Siebert, S. 19.
7) Baumbach-Duden, § 124, 2 B; Buchwald, AcP 154, 26; Hueck, S. 289; Siebert, S. 22.

3. Die Übertragbarkeit des Gesamthandanteils ist eine gesellschaftsrechtliche Frage. Über sie kann der Gesellschaftsvertrag befinden. Die Vererbbarkeit des Anteils dagegen richtet sich nach Erbrecht. Vielfach wird übertragbar mit vererbbar gleichgesetzt und gesagt, der Gesellschaftsvertrag, der die (eigentliche) Mitgliedschaft übertragbar macht, machte sie damit auch vererbbar [8]. Diese unkritische Gleichsetzung unterstellt, daß vom Erbrecht aus einer Vererblichkeit der eigentlichen Mitgliedschaft nichts im Wege steht. Ob dies zutrifft, soll später untersucht werden [9].

§ 7
DIE ÜBERTRAGBARKEIT DER BETEILIGUNG

I. Die arbeitende Beteiligung

1. Die Beteiligung vermittelt dem Gesellschafter neben einem Gewinnanteil den Anspruch auf seinen Teil am künftigen Auseinandersetzungsguthaben. Dies ist ein obligatorischer Anspruch, der nur noch nicht fällig [1] und zudem in der endgültigen Höhe bis zur Auflösung der Gesellschaft unbestimmt ist [2]. Wem dieser Anspruch zusteht, dem gehört letztlich die Beteiligung. Der Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben sowie der Anspruch auf einen Gewinnanteil stellen sämtliche vermögensrechtliche Bezüge des Gesellschafters, seine volle wirtschaftliche Beteiligung in der OHG [3] dar. Mehr umfaßt die Beteiligung nicht. Beide Ansprüche sind nach ausdrücklicher Vorschrift (§ 717, 2 BGB) übertragbar. Das bedeutet, die Beteiligung ist übertragbar [4], ohne daß es einer ausdrücklichen Gestattung im Gesellschaftsvertrag dazu bedürfte.

Mehr als diese Ansprüche erhält der Erwerber der Beteiligung nicht. Er wird insbesondere nicht Gesellschafter [5]. Sämtliche Mitbestimmungsrechte verbleiben dem Übertragenden, der als Inhaber des Gesamthandanteils weiterhin Gesellschafter ist. Die Übertragung der Beteiligung schafft nur schuldrechtliche Bezie-

---

8) BGH 22, 19; Eiselt AcP 153, 320; Siebert, S. 17.
9) Unten, § 11.

1) RGZ 60, 130; 90, 19. Hueck, S. 296.
2) RGZ 60, 130.
3) Hueck, S. 170.
4) Küster, DNotZ 56, 465.
5) Schlegelberger-Geßler, § 109, 18. Sommer, S. 141.

hungen zwischen Gesellschafter und Erwerber; dieser erlangt kein dingliches Recht am Gesellschaftsvermögen. [6]

2. Mit der Übertragbarkeit korrespondiert auch die Pfändbarkeit der Beteiligung. Ein Gesellschafter-Gläubiger kann die Beteiligung pfänden. § 725 BGB und § 859 ZPO nennen sie dabei mißverständlich "Anteil des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen", während sie § 135 HGB genau umschreibt als "Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt", der Gegenstand einer Pfändung ist. In beiden Fällen ist die arbeitende Beteiligung gemeint, denn die Pfändung löst nicht unmittelbar die Beteiligung aus der Gesellschaft, sondern gewährt nur dem Gläubiger ein Kündigungsrecht (§ 725 I BGB, § 135 HGB) und den Anspruch auf den Gewinnanteil. Die Pfändung der Beteiligung ist folgerichtig ausgeschlossen, wenn der Gesellschafter den Anspruch auf sein künftiges Auseinandersetzungsguthaben bereits abgetreten hatte. [7]

Aus der Pfändbarkeit läßt sich auf die Übertragbarkeit der Beteiligung schließen, denn nur übertragbare Forderungen und Vermögensrechte sind pfändbar (§§ 851 I, 857 I ZPO).

3. Die Übertragung der Beteiligung zwingt nicht zu einer Umschreibung des Kapitalkontos. Es kann weiterhin auf den Namen des Gesellschafters lauten und das Wertverhältnis der einzelnen Mitgliedschaften fixieren sowie als Meßzahl für die Gewinnermittlung dienen, wenn auch die Auszahlung des Gewinns nun einem anderen zugute kommt [8].

4. Die Übertragbarkeit der Beteiligung darf nicht dahin verstanden werden, sie könne nach Belieben aus der OHG herausgelöst werden. Der Gesellschafter oder sein Nachfolger ist nicht berechtigt, Teilung des Gesellschaftsvermögens zu verlangen (§ 719 I BGB). Das Verbot des Teilungsverlangens trotz Übertragbarkeit des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben heißt daher soviel wie, die Beteiligung kann einem anderen als dem Gesellschafter zustehen, sie ist übertragbar, sie bleibt aber, einer anderen Person zugeordnet, weiterhin der Gesellschaft verhaftet [9]. Die Übertragung der Beteiligung umschließt nicht auch die Befugnis, sie zu verwerten [10]. Der Erwerber der Beteiligung erhält

---

6) Hueck, S. 286.
7) Hueck, S. 185, 268.
8) Hueck, S. 171.
9) vgl. Hueck, S. 171.
10) Schlegelberger-Geßler, § 109, 18.

kein Kündigungsrecht [11], wie es unentziehbar dem Gesellschafter zusteht (§§ 131 Ziff. 6 HGB, 723 III BGB), denn dieses Kündigungsrecht ist mit der Gesellschafterstellung verknüpft [12] und daher ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht übertragbar.

Die Übertragbarkeit der Beteiligung gefährdet demnach die OHG nicht. Ihr droht damit noch kein Vermögensabfluß, der Kreis der Kündigungsberechtigten erweitert sich nicht. Trotz Übertragung der Beteiligung steht das Kapital des Gesellschafters, offen oder intern dem Erwerber gutgeschrieben, weiterhin der Gesellschaft zur Verfügung.

II. Die aufgelöste Beteiligung

Die aufgelöste Beteiligung bleibt in der Form des Abschichtungsanspruchs oder des Anspruchs auf einen Anteil am Auseinandersetzungsguthaben als gewöhnlicher obligatorischer Anspruch übrig. Für ihn gelten keine Besonderheiten. Er ist ohne weiteres übertragbar [13].

III. Unterbeteiligung

Ein Weniger als die Übertragung der vollen Beteiligung stellt die Einräumung einer Unterbeteiligung dar. Sie kann offen oder verdeckt erfolgen. Offen mit Wissen der übrigen Gesellschafter, unter Umständen mit eigenem Kapitalkonto für den Unterbeteiligten zu Lasten des Kapitalkontos des Gesellschafters [14]. Verdeckt, wenn die Unterbeteiligung nur im Innenverhältnis wirkt, der Gesellschafter aber weiter als Alleinberechtigter auftritt, aus eigenem Recht bezüglich seines Teils, als Treuhänder für den abgetretenen Teil [15].

---

11) Palandt, § 717, 2 c; Schlegelberger-Geßler, § 109, 18; Soergel, § 717, 9; Sommer, S. 142; Staudinger-Keßler, § 719, 19.

12) RGZ 90, 20.

13) Oben, § 4 III.

14) Sommer, S. 27.

15) Vgl. Hueck, S. 288, Fußn. 14.
Gegen ein Treuhandverhältnis Merkel, NJW 66, 1553.

Eine stille Gesellschaft zwischen der OHG und dem Unterbeteiligten wird nicht begründet, solange der Unterbeteiligte nur in Rechtsbeziehungen zu einem einzelnen Gesellschafter, nicht zur OHG, steht [16]. Der Unterbeteiligte hat daher keine Rechte gegenüber der OHG. Er kann weder Mitwirkung noch Einsicht in die Bücher verlangen. Dagegen bilden Gesellschafter und Unterbeteiligter eine Gesellschaft, und zwar, da ein Gesellschafter als Mitunternehmer stets selbst ein Handelsgewerbe betreibt [17], eine handelsrechtliche stille Gesellschaft [18]. Die OHG wird durch die Einräumung einer Unterbeteiligung daher unmittelbar nicht berührt [19].

16) BGH WM 59, 596; Staudinger-Keßler, vor § 705, 48.
17) H. M.; enger Baumbach-Duden, § 105, 1 J.
18) Esch, NJW 64, 904; Sommer, S. 30.
19) Merkel, NJW 66, 1553, kommt im wesentlichen zum selben Ergebnis.

4. KAPITEL

DIE MITGLIEDSCHAFT BEIM TOD DES GESELLSCHAFTERS

§ 8
GESETZLICHE REGELUNG

Das Erbrecht macht vor dem Gesellschaftsrecht nicht halt. Wo es in der Sphäre des Gesellschaftsrechts Güter vorfindet, die vererbbar sind, können diese sich den Regeln des Erbrechts nicht entziehen, nur weil sie - auch - dem Gesellschaftsrecht angehören [1]. Das Erbrecht gilt für das Schicksal der Mitgliedschaft, falls sie nach dem Tod des Gesellschafters in dessen Nachlaß fällt [2]. Sie fällt in den Nachlaß, wenn und soweit sie beim Tod zum Vermögen des Gesellschafters gehört (§ 1922 I BGB). Nur über den Nachlaß hat das Erbrecht Macht [3]. Andere Rechte entziehen sich ihm.

I. Der Anteil

1. a) Der Tod eines Gesellschafters löst die OHG auf (§ 131 Ziff. 4 HGB). Sie tritt ins Stadium der Liquidation. Der tote Gesellschafter scheidet nicht aus (arg. § 138 HGB). Nichtausscheiden bedeutet, den übrigen Gesellschaftern wächst sein Gesamthandsanteil nicht an. Statt seiner nehmen seine Erben an der Liquidation teil (§§ 146 I, 148 I HGB) [4]. Sie sind dabei nicht bloße Überschußgläubiger gemäß § 155 HGB, sondern sie haben die gleichberechtigte Mitwirkung bei der Liquidation - modifizierte Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht nach § 149 HGB - und in ihrer Gesamtheit den gleichen Anspruch wie die übrigen Gesellschafter bei der Verteilung des Überschusses (§§ 156, 155 HGB) [5]. Die Erben werden Gesellschafter der aufgelösten OHG [6]. Deutlich ergibt sich dies

---

1) Kaufmann, JZ 59, 523: Erbrechtliche Fundamentalsätze können nicht durch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag umgangen werden.
2) Buchwald, AcP 154, 34.
3) Wiedemann, S. 158: Nachlaß=vom Erbgang betroffenes Vermögen.
4) Hueck, S. 358, 361.
5) Hueck, S. 250.
6) Liebisch, ZHR 116, 178; Richardi S. 77; Schlegelberger-Geßler, § 131, 23; Siebert, S. 9.

aus § 148 I HGB, der bestimmt, sämtliche Gesellschafter haben die Liquidatoren zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Damit sind auch die Erben gemeint, denn für besondere Fälle sind sie ausdrücklich von dieser Pflicht befreit (Satz 3).

Der tote Gesellschafter, der durch seinen Tod die OHG aufgelöst hat, gerade weil er nicht ausgeschieden ist, bleibt in der Person seiner Erben Mitglied der OHG [7]. Ihnen fällt sein Anteil und damit die Mitgliedschaft zu, eine Mitgliedschaft allerdings in der zu Ende gehenden Gesellschaft.

b) Der Tod eines Gesellschafters löst die Gesellschaft auf, nicht dagegen die Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft ist, gerade beim gesetzlichen Normalfall = Auflösung der Gesellschaft, ohne weiteres Dazutun der Gesellschafter fortsetzbar. Der Eintritt der Liquidation verändert die Struktur der Gesellschaft nicht so wesentlich [8], daß daraus Folgerungen für die Fortsetzung gezogen werden müßten. Die OHG bleibt als Gesamthandsgemeinschaft wie als Handelsgesellschaft bestehen [9]; auch kann sie noch eine Zeitlang werbend tätig sein [10]. Die Teilnahme der Erben dient nicht nur dazu, den in der Mitgliedschaft steckenden Vermögenswert zu realisieren [11]. Bis zur Vollbeendigung führt die OHG dasselbe Rechtsleben wie vor der Auflösung [12]: nach § 156 HGB gelten die Vorschriften über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander (§§ 109 ff HGB) und zu Dritten (§§ 123 ff HGB) weiterhin für die Gesellschaft in Liquidation, also auch für die Erben als deren Mitglieder. Die einzig bedeutsame Veränderung, die Änderung des Zwecks - statt Erwerb nunmehr Abwicklung - ist nicht unwiderruflich. Bis zur Vollbeendigung kann jederzeit vereinbart werden, die OHG wieder als Erwerbsgesellschaft weiterzuführen [13]. Die Auflösung wird so rückgängig gemacht. (§ 144 HGB, der die Fortsetzung nach Konkurs anbietet, schließt die Fortsetzung der durch andere Gründe aufgelösten OHG nicht aus [14].)

2. a) Mit der Maßgabe, daß es sich um eine Gesellschaft in Liquidation handelt, geht die Mitgliedschaft (der Gesamthandsanteil) beim Tod eines Gesellschafters

---

7) Hueck, S. 358; Lappe, S. 182.
8) Hueck, S. 246; Lappe, S. 183. A.M. Siebert, S. 9.
9) RGRK-HGB, § 131, 14.
10) BGH 1, 324. RGRK-HGB, § 131, 3.
11) So aber Siebert S. 9.
12) Lappe S. 180.
13) Einhellige Meinung.
14) Hueck, S. 256, Fußn. 37; RGRK-HGB, § 131, 13.

auf die Erben über. Wenn der Gesamthandsanteil zum Nachlaß gehört, fällt er dabei den Erben als Erbengemeinschaft gesamthänderisch zu (§ 2032 I BGB). Zum Nachlaß gehört der Anteil, wenn er zum Vermögen des Gesellschafters zählt; nur das Vermögen wird vererbt (§ 1922 I BGB). Der Gesamthandsanteil als solcher hat jedoch keinen Vermögenswert, er verkörpert Herrschaftsrechte außerhalb des Vermögens [15]. Er gehört nicht zum Vermögen und also nicht zum Nachlaß des Gesellschafters [16]. Der Anteil geht deshalb nicht nach § 2032 I BGB auf die Erben gesamthänderisch über. Die Erben werden vielmehr jeder für sich Mitglied der OHG in Liquidation [17].

b) Demgegenüber hält es der größere Teil des Schrifttums ohne besondere Erörterung fast für selbstverständlich, daß die Mitgliedschaft gesamthänderisch auf die Erbengemeinschaft übergehe [18]. Siebert dient diese Prämisse sogar als Grundlage für seine Folgerung, die Teilnahme der Erben sei keine echte Fortsetzung der Mitgliedschaft: dies zeige sich daran, daß eine Erbengemeinschaft Gesellschafterin der Liquidationsgesellschaft werden könne [19].

---

15) Siehe oben, § 3.

16) Die - hier als Gesamthandsanteil umschriebenen - Herrschaftsrechte zählen nicht zum Nachlaß: RGZ 106, 65; 170, 394; 172, 204; Dietrich, DR 43, 807; Donner, DR 43, 1208; Düringer, § 131, 7; Kaufmann, JZ 59, 523; Küster, DNotZ 56, 461; Michaelis, ZAkDR 43, 233; Schlicht, NJW 54, 985; Wolf, NJW 54, 1549.

17) Lappe, S. 189-190, erörtert diese Frage ausführlich und folgert, die Mitgliedschaft gehöre bei der aufgelösten OHG "umsomehr" zum Nachlaß, da in ihr die vermögensmäßigen Bestandteile der Mitgliedschaft verstärkt in Erscheinung treten. Für die Mitgliedschaft gelte daher die gesamthänderische Bindung nach § 2032 BGB.
Liebisch (ZHR 116, 179) dagegen, der die Mitgliedschaft als "Sondergut" sieht, das nicht zum Nachlaß gehöre und darum den Erben nicht zur gesamten Hand anfalle, läßt die Erben je einzeln in die aufgelöste OHG nachfolgen - im Ergebnis sicher richtig.

18) Vgl. Baumbach-Duden, § 131, 5 B; Hueck, S. 250; Kipp-Coing, S. 401; RGRK-HGB, § 131, 26; Schlegelberger-Geßler, § 131, 23, § 146, 3; Siebert, S. 9.

19) S. 9.

Diese Auffassung führt unnütz zu Schwierigkeiten. So, wenn die Gesellschafter mitsamt den Erben beschließen, die aufgelöste OHG statt abzuwickeln wieder mit werbender Tätigkeit fortzuführen [20]. Sollen nun die Erben wieder ausscheiden? Denn eine Erbengemeinschaft kann sicher nicht Gesellschafterin einer werbenden OHG sein [21]. Müssen sie nun in die trotz Auflösung - Liquidation - Wiederfortsetzung stets identische [22] Gesellschaft, der sie im Stadium der Liquidation bereits angehört haben, erst wieder aufgenommen werden? Schwerlich.

c) Die eigentliche Mitgliedschaft zählt nicht zum Vermögen und deshalb nicht zum Nachlaß des Gesellschafters. Ihr Übergang wird nicht vom Erbrecht erfaßt und nicht nach erbrechtlichen Grundsätzen geregelt [23]. Eine Vererbung kann soweit nicht stattfinden.

Das Gesellschaftsrecht auf der anderen Seite setzt das Einrücken der Erben in die aufgelöste OHG voraus. Doch auch es hat den Erwerbstatbestand nicht normiert, es bietet keine Regelung für den Übergang der Mitgliedschaft.

Die Frage, wo der Erwerbstatbestand zu suchen sei, kann hier indes nicht vertieft werden, da das Hauptgewicht dieser Arbeit auf der Nachfolge bei der nicht aufgelösten OHG liegt [24].

---

20) Dieser Beschluß kann nur mit den Stimmen auch der Erben gefaßt werden.

21) H.M., s.u. § 11 II 1.

22) Hueck, S. 355; RGRK-HGB, § 131, 14.

23) Kaufmann, JZ 59, 523.

24) Bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes wurden nach § 1483 a.F. BGB die gemeinschaftlichen Abkömmlinge beim Tod eines Ehegatten kraft Gesetzes Mitglieder der Gütergemeinschaft (fortgesetzte Gütergemeinschaft). Diese Regelung läßt sich mit der OHG insoweit vergleichen, als die einzelnen Abkömmlinge die Mitgliedschaft in einer Gesamthandsgemeinschaft erhielten, ohne daß der Übergang vom Erbrecht erfaßt wurde denn der Anteil des verstorbenen Ehegatten gehört nicht zum Nachlaß (§ 1483 I 3 BGB).

II. Die Beteiligung

1. Mit der Auflösung der OHG werden auch die Beteiligungen aufgelöst. Der Vermögensverbund wird aufgegeben, das Vermögen wird in Geld umgesetzt (§ 149 HGB) und nach Berichtigung der Schulden unter die Gesellschafter verteilt. Die so aufgelöste Beteiligung gehörte zum Vermögen des verstorbenen Gesellschafters und geht deshalb als Teil des Nachlasses (§ 1922 I BGB) nach erbrechtlichen Grundsätzen auf die Erben über. Mehreren Erben fällt sie gemäß § 2032 BGB als ungeteiltes Gesamthandsvermögen zu [25]. Sie erhalten als Erbengemeinschaft soviel, wie der Gesellschafter bei der Verteilung des Überschusses erhalten hätte [26].

2. Wird beschlossen, die Auflösung rückgängig zu machen und die Gesellschaft zusammen mit den Erben wieder fortzuführen, dann bleibt die wiederhergestellte Beteiligung bis zur erbrechtlichen Auseinandersetzung nach der zwingenden Vorschrift des § 2032 BGB Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft, wiewohl die Erben je einzeln Mitglied der - zunächst aufgelösten - OHG geworden sind.

§ 9
VERTRAGLICHE GESTALTUNG

I. Fortbestandsklausel

Die gesetzliche Regelung stellt nicht den Normalfall dar. Nahezu in jedem schriftlichen Gesellschaftsvertrag finden sich abweichende Klauseln für den Tod eines Gesellschafters.

a) Die Grundklausel will die Auflösung der Gesellschaft verhindern. Sie kann als allgemeine Fortbestandsklausel etwa lauten: "Der Tod eines Gesellschafters löst die OHG nicht auf. Die OHG besteht unter den übrigen Gesellschaftern fort". Eine Klausel dieses Inhalts legt das Gesetz selbst den Gesellschaftern nahe (§§ 131 Ziff. 4, 138 HGB). Nach ihr scheidet ein toter Gesellschafter aus (§ 138 HGB). Damit entfällt der Auflösungsgrund "Tod eines Gesellschafters". Die Zahl der

25) RG 171, 345; Buchwald, AcP 154, 25; Kipp - Coing, S. 401; Parr, S. 35; Schlegelberger-Geßler, § 138, 24; Staudinger-Boehmer, § 1922, 162 a.E..

26) Tiedau, Notartag 61, 97.

Gesamthandsberechtigten vermindert sich entsprechend, der Gesamthandsanteil des Verstorbenen wächst den übrigen Gesellschaftern an (§ 738 BGB).

b) Mehr geschieht nicht. Die übrigen Gesellschafter erhalten keinen Vermögenszuwachs. Die Beteiligung des Ausgeschiedenen wächst ihnen nicht an. Sie müssen sie als Abschichtungsanspruch voll auszahlen (§ 738 BGB). Der Abschichtungsanspruch gehört wie jeder vermögensrechtliche Anspruch zum Nachlaß. Er entsteht noch in der Person des Gesellschafters [1] und geht nach § 1922 BGB auf die Erben über. Erbrechtlich ergeben sich keine Besonderheiten. Schwierig ist nur die Feststellung der Höhe [2] des Abschichtungsanspruchs. Doch darin liegt kein dogmatisches Problem.

Im übrigen hat die Fortbestandsklausel für sich keinen Einfluß auf die Beteiligung. Weder berührt sie ihre Höhe noch ihre Zuordnung zum Gesellschaftsvermögen oder Nachlaß. Wird sie nicht von weiteren Klauseln ergänzt, dann bleibt es bei der gesetzlichen Regelung: Die Beteiligung fällt als Abschichtungsanspruch ungemindert in den Nachlaß.

II. Fortsetzungsklauseln

Die Grundklausel, daß der Tod eines Gesellschafters die OHG nicht auflöse, wird üblicherweise ergänzt durch die Klausel, die Gesellschaft werde mit einem oder mehreren Erben oder einem Dritten fortgesetzt.

Klauseln dieses Inhalts können sich in einem bedeutsamen Punkt unterscheiden [3]. Entweder soll nach dem Gesellschaftsvertrag der designierte Nachfolger berechtigt sein, in die OHG entsprechend der Stellung des verstorbenen Gesellschafters einzutreten, sei es durch Erklärung auf Grund eines Optionsrechts, sei es durch Abschluß eines Aufnahmevertrags mit den übrigen Gesellschaftern (Ein-

---

1) Lange, S. 51. Rauch, S. 133. Unrichtig BGH 22, 188 in einem wegwerfenden obitur dictum.

2) Schlegelberger-Geßler, § 138, 17, gibt die rechnerische Ermittlung klar wieder: "Die Höhe des Abfindungsguthabens ergibt sich aus dem Wert des Gesellschaftsvermögens aufgeteilt im Verhältnis des Kapitalanteils des Ausgeschiedenen zu den Kapitalanteilen der übrigen Gesellschafter".

3) Lappe, S. 2; Siebert, S. 12; Wichmann, S. 2.

trittsklausel). Oder er soll im Augenblick des Todes des alten Gesellschafters "automatisch" Gesellschafter werden (Nachfolgeklausel).

Im ersten Fall scheidet der tote Gesellschafter aus, so daß der Auflösungsgrund "Tod eines Gesellschafters" entfällt, weil der Todesfall dann keinen Gesellschafter betrifft. Im zweiten Fall, bei der Nachfolgeklausel, scheidet der Gesellschafter - trotz Tod - nicht aus, sondern wird durch den Erben ersetzt. Der Tod wird gleichsam ignoriert und eine Identität Altgesellschafter - Neugesellschafter fingiert, so daß der Auflösungsgrund "Tod eines Gesellschafters" wieder nicht erfüllt ist, diesmal schon, weil kein Todesfall gegeben ist.

1. Die Eintrittsklausel

a) Die Eintrittsklausel knüpft an die Fortbestandsklausel an. Der Erbe des ausgeschiedenen toten Gesellschafters darf in die fortbestehende OHG eintreten. Die Eintrittsklausel ermöglicht somit eine Fortsetzung der OHG mit den Erben eines Gesellschafters, doch nicht eine unmittelbare Nachfolge. Auf den Nachfolger geht nicht die Gesellschafterstellung des verstorbenen Gesellschafters ohne Unterbrechung über, sondern in seiner Person wird vertraglich erst wieder eine neue Gesellschafterstellung begründet [4], die wohl jener genau entsprechen kann, es aber nicht muß [5]. Der Gesamthandsanteil des Verstorbenen wächst zunächst den übrigen Gesellschaftern an (§ 738 BGB). Tritt der Nachfolger in die OHG ein, dann wird auch er Gesamthandsberechtigter; die den übrigen Gesellschaftern zunächst angewachsene Mehrberechtigung am Gesellschaftsvermögen wächst ihnen zum Vorteil des Nachfolgers wieder ab [6].

b) Eine Verfügung über die Beteiligung enthält die Eintrittsklausel nicht. Weder läßt sie die Beteiligung den übrigen Gesellschaftern zufallen noch bewirkt sie ihren Übergang auf den Erben. Als Teil des Nachlasses des verstorbenen Gesellschafters folgt die Beteiligung den allgemeinen erbrechtlichen Regeln.

Durch das Ausscheiden des Altgesellschafters wird seine Beteiligung aufgelöst. Sie wird aber, solange sie der Erbe nicht verwertet, nicht aus der OHG herausgelöst, sondern verbleibt zunächst, wie Fremdkapital, in ihr. In der Hand des

---

4) Barz, Notartag 65, 55; Hueck, S. 297; Schlicht, NJW 54, 984; Siebert, S. 14; Tiedau, MDR 57, 643.

5) Holch, S. 14; Hueck, S. 299; Rauch, S. 29; Wiesmann, S. 52.

6) Siebert, S. 16.

Nachfolgers, wenn er eintritt, wird sie wieder zur arbeitenden Beteiligung [7]. Dabei haben die Gesellschafter dem Nachfolger nur zu gestatten, unter Umwandlung des Abschichtungsanspruchs - erwerbe er ihn vom ausgeschiedenen Gesellschafter vertraglich oder als Erbe - mit einer entsprechenden Beteiligung einzutreten. Sie können ihm jedoch materiell die Beteiligung weder ganz noch teilweise zuwenden, da ihnen die Eintrittsklausel keinen Vermögenswert anfallen läßt. Dies bliebe einer ergänzenden Abfindungsklausel vorbehalten, die zu ihren Gunsten den Abschichtungsanspruch mindert.

c) In der Eintrittsklausel versprechen die Gesellschafter dem Ausscheidenden zweierlei: daß sie eine bestimmte Person als Gesellschafter aufnehmen, ihr also einen Anteil am Gesellschaftsvermögen verschaffen, und daß sie ihr eine Beteiligung entsprechend der des Ausgeschiedenen zugestehen. Es findet dann eine Neubegründung der Mitgliedschaft in der Sphäre des Vertraglichen, nicht in erbrechtlicher Nachfolge, statt. Dabei sind die übrigen Gesellschafter durch die Eintrittsklausel zum Vertragsschluß verpflichtet, sobald der Berechtigte die Aufnahme verlangt [8]. Umgekehrt kann auch eine Eintrittspflicht des Erben durch entsprechende Verfügung von Todes wegen, nicht aber durch den Gesellschaftsvertrag, begründet werden [9].

2. Die Nachfolgeklausel

a) Die Nachfolgeklausel umschließt zunächst - wie die Fortbestandsklausel - die Willensäußerung der Gesellschafter, durch den Tod eines der ihren werde die Gesellschaft nicht aufgelöst. Sie bestimmt weiter, der tote Gesellschafter wird durch einen vertraglich benannten Nachfolger ersetzt. Während die Fortbestandsklausel den Gesellschafter ausscheiden und daran anknüpfend seinen Gesamthandsanteil den übrigen Gesellschaftern anwachsen läßt, will dies die Nachfolgeklausel gerade nicht. Die Nachfolgeklausel ist daher soweit nicht als Ergänzung oder Variante, sondern als Gegenstück zur Fortbestandsklausel anzusehen. Sie hat im Grund mit dieser Regelung nichts gemein, insbesondere fehlen bei ihr alle Tatbestandsmerkmale der §§ 138 HGB, 738 BGB.

Im Gesetz ist diese in der Praxis wichtigere [10] Alternative zu § 738 BGB nicht geregelt, doch sie wird in § 139 I HGB vorausgesetzt [11].

7) Siebert, S. 16, 25; Wiedemann, S. 164.
8) Siebert, S. 12; Wiesmann, S. 53; Zitelmann, S. 189.
9) Buchwald, JR 55, 174; Siebert, S. 13; Wiedemann, S. 166.
10) Schlegelberger-Geßler, § 138, 8.
11) Dazu unten, § 12 II 1.

b) Die Nachfolgeklausel will die unmittelbare, echte Nachfolge erreichen [12]. Das bedeutet, daß nach ihr der Gesellschafter mit dem Tod nicht ausscheidet [13], sein Gesamthandsanteil also nicht den übrigen Gesellschaftern anwächst. Ebenso wird seine Beteiligung nicht aufgelöst. Ein Abschichtungsanspruch entsteht daher nicht [14]. Den übrigen Gesellschaftern wendet die Nachfolgeklausel für sich nichts zu. Weder wächst ihnen der Gesamthandsanteil des Verstorbenen an, noch erhalten sie ganz oder teilweise seine Beteiligung. Die reine Nachfolgeklausel erweist sich soweit als neutral.

III. Fortbestand und Abfindungsklauseln

1. Abfindungsklauseln mindern regelmäßig die aufgelöste Beteiligung oder schließen Abfindungsansprüche für den Fall des Ausscheidens ganz aus [15]. Sie berühren unmittelbar den Wert der aufgelösten Beteiligung und damit ihre Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen oder Nachlaß. Eines bedingt als Korrelat das andere: soweit die aufgelöste Beteiligung durch Abfindungsklauseln im Wert gemindert wird, wird sie zugleich zum Vorteil der übrigen Gesellschafter dem Nachlaß entzogen. Die Abfindungsdifferenz bleibt im Gesellschaftsvermögen und fällt den übrigen Gesellschaftern zu. Jede Wertregelung ist soweit auch eine Zuordnungsregelung.

Auf die arbeitende Beteiligung haben Abfindungsklauseln dagegen keinen Einfluß. Sie greifen erst ein, wenn die Beteiligung aus der Gesellschaft herausgelöst wird [15].

2. Abfindungsklauseln pflegen die Fortbestandsklausel zu begleiten, um das Ausscheiden eines Gesellschafters für die fortbestehende OHG wirtschaftlich erträglich zu machen. Sie beugen dem Verlust an Substanz und Eigenkapital vor und treffen alle Erben als Erben gleichmäßig. Die Erben müssen sie akzeptieren. Die Vereinbarung, Abfindungsansprüche zu beschränken oder ganz auszuschließen, hat der Gesellschafter (Erblasser) wirksam durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit den übrigen Gesellschaftern getroffen [16]. Diese Verpflichtung ist für

---

12) Siebert, S. 12, 19.

13) Siebert, NJW 57, 81; Wichmann, S. 41; Zunft, NJW 57, 1132.

14) Lange, S. 53; Rauch, S. 136; Wichmann, S. 41; Wiedemann, S. 179; Wolf, NJW 54, 1549; Zunft, NJW 57, 1132. Unrichtig Hueck, DNotZ 52, 554.

15) Oben, § 5 I.

16) Hierzu sehr instruktiv BFH BStBl 1953, III, 199, der auch die steuerlichen Konsequenzen zieht.

seine Erben bindend [17].

a) Wo Abfindungsklauseln die Eintrittsklausel begleiten, ergibt sich folgendes Bild. Der Alt-Gesellschafter scheidet aus. Seine Beteiligung wird zum Abschichtungsanspruch aufgelöst. Ihn mindert die Abfindungsklausel zum Abfindungsanspruch, die Differenz fällt den übrigen Gesellschaftern zu. Diese sind gesellschaftsvertraglich - durch die Eintrittsklausel - verpflichtet, dem Nachfolger beim Eintritt wieder die volle Beteiligung einzuräumen, ihm zum Abfindungsanspruch also auch die Abfindungsdifferenz wieder gutzuschreiben [18]. Entsprechendes gilt, wenn mehrere Erben eintrittsberechtigt sind.

Tritt kein Berufener ein, dann bleibt die Eintrittsklausel unerfüllt. Die Abfindungsklausel dagegen hat sich sogleich voll ausgewirkt: Die Abfindungsdifferenz verbleibt nun endgültig den übrigen Gesellschaftern.

b) Bei der Nachfolgeklausel ist die Abfindungsklausel zunächst ohne Wirkung [19]. Ein Gesellschafter scheidet nicht aus, seine Beteiligung wird nicht aufgelöst; der Fall, den die Abfindungsklausel regelt, tritt mit dem Tod des Gesellschafters nicht ein. Eine Abfindungsdifferenz zum Vorteil der übrigen Gesellschafter kann nicht entstehen.

Dennoch ist die Abfindungsklausel hier nicht ohne Sinn. Sie greift ein, wenn der Nachfolger wieder ausscheidet oder die Beteiligung aus sonstigen Gründen später aus der OHG gelöst werden soll. Denn vor dem willkürlichen oder erzwungenen Ausscheiden eines Gesellschafters schützt die Nachfolgeklausel nicht. Auch verwirklicht sich häufig die erstrebte Nachfolge beim Tod eines Gesellschafters trotz Nachfolgeklausel nicht. In diesen Fällen entstehen grundsätzlich Abschichtungsansprüche, die erst durch die zusätzliche Abfindungsklausel gemindert werden. Die Abfindungsklausel ist demnach neben der Nachfolgeklausel eine vorsorgliche Funktion.

---

17) Hueck, S. 301; Rauch, S. 134; Siebert, S. 11. Dagegen Parr, S. 35: nur bei entsprechender Verfügung von Todes wegen.

18) Barz, Notartag 65, 55 und 56; Siebert, S. 15.

19) Barz, Notartag 65, 57; Wiedemann, S. 171.

IV. Beschränkte Fortsetzungsklauseln

Die Fortsetzungsklausel enthält meist eine personelle Beschränkung. Nicht alle Erben sollen den einen Gesellschafter ersetzen, sondern wieder nur eine Person aus ihrem Kreis [20]. Daher wird eine beschränkte Auswahl unter den möglichen Nachfolgern getroffen, etwa: "Die Gesellschaft wird mit dem ältesten Sohn des Gesellschafters fortgesetzt". Der ausgewählte Nachfolger soll zugleich die ganze Beteiligung erhalten, seine Mit-Erben davon nichts. Man formuliert: "Ihm fällt die Beteiligung (oft auch als Kapitalanteil, -konto usw. bezeichnet) des verstorbenen Gesellschafters zu. Die übrigen Erben haben keinem Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft".

Die Klausel verbirgt nicht ihren Doppelcharakter als Regelung der Fortsetzung wie der Abfindung. Ihre grundsätzliche Zuordnung zur Gruppe entweder der Fortsetzungs- oder der Abfindungsklauseln bleibt offen. Als Modifizierung der Fortsetzungsklauseln verstanden, besagt sie: Die Beteiligung fällt voll in den Nachlaß, denn ein Erbe kann mit ihr Gesellschafter werden; den übrigen Gesellschaftern fällt nichts zu [21]. Dabei gilt eine Einschränkung: Die Miterben haben weder ein Recht zum Eintritt in die OHG noch gegenüber der Gesellschaft ein Recht auf die Beteiligung, auch nicht in der Form des Abschichtungsanspruchs. Als modifizierte Abfindungsklausel dagegen sagt sie, Abfindungsansprüche sind ausgeschlossen, folglich fällt die Beteiligung nicht in den Nachlaß, sondern voll den übrigen Gesellschaftern zu. Für den designierten Nachfolger gilt eine Ausnahme: wird er Gesellschafter, dann erhält er aus der Hand der anderen Gesellschafter [22] wieder die volle Beteiligung. Diese Betrachtung wird mit dem Argument a majore ad minus gerechtfertigt. Wenn es schon zulässig sei, Abfindungsansprüche überhaupt zu versagen, dann umso mehr, sie nur für die Mehrzahl der Erben, für einen dagegen nicht, auszuschließen [23], als gleichsam weniger einschneidende Maßnahme.

---

20) Gegen die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung, die durchaus im legitimen Gesellschaftsinteresse liegt, bestehen keine Bedenken, vgl. Hueck, S. 301, Fußn. 29.

21) Oben, § 9 II 1 b, 2 b; Eiselt, AcP 158, 333.

22) Siebert, S. 15.

23) RGZ 171, 350; BGH 22, 194; Liebisch, ZHR 116, 152; Wiedemann, S. 172.

1. Die beschränkte Eintrittsklausel

a) Sie knüpft zunächst an die Fortbestandsklausel an: die Gesellschaft wird durch den Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst. Der tote Gesellschafter scheidet aus. Seine Beteiligung wird aufgelöst. Der Ausgeschiedene erhält keinen Abfindungsanspruch. Die Beteiligung bleibt voll der OHG verfangen, in den Nachlaß fällt soweit nichts, die Erben gehen leer aus. Von dieser grundsätzlichen Regelung ist ein bestimmter Erbe ausgenommen. Er erhält ein Eintrittsrecht. Nimmt er es wahr und wird er Gesellschafter, dann räumen ihm die übrigen Gesellschafter, wie in der Klausel versprochen, wieder die Beteiligung des Verstorbenen ein [24]. Wird er aber nicht Gesellschafter, dann geht die Eintrittsklausel ins Leere. Übrig bleiben nurmehr Fortbestands- und Abfindungsregelung. Die OHG besteht fort, Abfindungsansprüche entstehen nicht.

Die beschränkte Eintrittsklausel ist demnach den Abfindungsklauseln zuzuzählen. Dies zeigt sich deutlich daran, daß der Ausgeschiedene keinen Abfindungsanspruch erhält und ebenso nicht der bevorzugte Erbe, wenn er nicht Gesellschafter wird. Die Beteiligung gehört nach dieser Klausel nicht zum Nachlaß.

b) Der Erwerb der Gesellschafterstellung vollzieht sich nach der beschränkten Eintrittsklausel vollständig außerhalb des Erbrechts. Gesamthandsanteil und Beteiligung erwirbt der Nachfolger durch den vertraglichen Akt des Eintritts in die OHG. Die Beteiligung erhält er dabei weder aus dem Nachlaß noch auf Grund einer Verfügung von Todes wegen. Vielmehr hat der Gesellschafter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit den übrigen Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrag wirksam zum Vorteil des einen Nachfolgers über seine Beteiligung verfügt [25]. Die entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag erweist sich als Vertrag zugunsten Dritter [26], der dem einen Erben mit dem Tod des Gesellschafters das Recht gibt, von den übrigen Gesellschaftern die Beteiligung zu verlangen, vorausgesetzt, er tritt in die OHG ein.

2. Die beschränkte Nachfolgeklausel

a) Nach der Nachfolgeklausel tritt trotz Tod eines Gesellschafters im Gesellschafterbestand kein eigentlicher Wechsel ein. Ein Erbe führt die Rolle ohne

---

24) Siebert, S. 15.
25) Hueck, S. 301.
26) Staudinger, § 139, 15.

Unterbrechung fort. Die Mitgliedschaft und die Beteiligung des Gesellschafters werden nicht aufgelöst. Es entsteht deshalb kein Abschichtungs- oder Abfindungsanspruch [27] für irgendeinen der Erben und ebenso keine Abfindungsdifferenz zum Vorteil der übrigen Gesellschafter. Der Nachfolger kann somit die Beteiligung nur ausschließlich aus dem Vermögen [28] oder Nachlaß des Verstorbenen, nicht auch zu einem Teil von den Mitgesellschaftern [29] erhalten. Denn den Mitgesellschaftern fällt zu keiner Zeit etwas zu, das sie dem Nachfolger weitergeben könnten.

b) Die beschränkte Nachfolgeklausel ist im Grund eine reine Fortsetzungsklausel, die keinen Abfindungscharakter hat. Sie wendet den übrigen Gesellschaftern nichts zu. Die volle Beteiligung verbleibt ununterbrochen im Vermögen bzw. Nachlaß des Gesellschafters.

Da keine Abfindungsansprüche entstehen, könnte es müßig scheinen, sie auszuschließen [30]. Beim Tod des Gesellschafters wirkt sich der Ausschluß in der Tat nicht aus. Doch in anderen Fällen kann auch bei der Nachfolgeklausel eine Abfindungsregelung ihren Sinn haben. [31]

---

27) Hellmuth, S. 44; Lange, S. 53 Fußn. 3; Rauch, S. 136; Wichmann, S. 41; Wiedemann, S. 170; Wolf, NJW 54, 1549; Zunft, NJW 57, 1132. Unzutreffend Hueck, DNotZ 52, 554.

28) Anders Lappe, S. 79.

29) So aber BGH 22, 195.

30) So Wiedemann, S. 170.

31) Vgl. oben, § 9 III 2 b.

5. KAPITEL

DIE NACHFOLGE IN DIE MITGLIEDSCHAFT

Die Rechtsnatur des automatischen Übergangs der Mitgliedschaft auf einen Erben des Gesellschafters ("Vererbung" der Mitgliedschaft) ist umstritten. Spezielle gesetzliche Vorschriften, die den Erwerbstatbestand normieren, fehlen. Daher finden sich vielfältige Konstruktionsversuche, die den Übergang im Grundsatz entweder aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus dem Erbrecht - auch modifiziert - oder aus dem ehelichen Güterrecht herleiten. Sie sind im folgenden nur soweit zu prüfen, wie sie die unmittelbare Nachfolge eines Gesellschaftererben in die Mitgliedschaft erklären.

§ 10
VERTRAGLICHE KONSTRUKTIONEN

I. Eintrittsklausel

Die Eintrittsklausel ermöglicht nach dem Tod eines Gesellschafters den Abschluß eines Aufnahmevertrags mit den verbliebenen Gesellschaftern. Sie bewirkt keine unmittelbare Nachfolge in die Mitgliedschaft. Nach ihr findet eine Neubegründung durch vertragliche Gestaltung statt [1]. Bei den Überlegungen um eine automatische Gesellschafternachfolge interessiert darum die Eintrittsklausel nicht.

II. Übertragung zu Lebzeiten

Unproblematisch sind die Fälle, in denen ein Gesellschafter mit Zustimmung der übrigen zu Lebzeiten die Mitgliedschaft auf seinen Tod einem Nachfolger überträgt [2]. Der Übergang läßt sich dann mit einem Vertrag unter Lebenden einfach erklären [3]. Doch in der großen Mehrzahl der Fälle hilft die Möglich-

---

1) Oben, § 9 II 1; Hueck, S. 297 f; Schlicht, NJW 54, 984; Siebert, S. 13; Tiedau, MDR 57, 643.

2) BGH NJW 59, 1433; Schlegelberger-Geßler § 139, 25 c.

3) Tiedau, MDR 57, 643, sieht hier die einzige Möglichkeit einer automatischen Nachfolge.

keit eines vertraglichen Übergangs nicht weiter, denn selten genug wird ein Gesellschafter sich in einem Vertrag mit seinem Nachfolger unwiderruflich binden [4]. Meist geht es hier um vertragliche Beziehungen allein zwischen den Gesellschaftern, kraft deren mit dem Tod eines von ihnen ein Nachfolger an seine Stelle treten soll [5].

III. Vertrag zugunsten Dritter

Zu prüfen bliebe noch, ob sich die Abmachungen der Gesellschafter als ein wirksamer Vertrag zugunsten Dritter verstehen lassen.

Ein echter Übergang der Mitgliedschaft auf den Nachfolger läßt sich allerdings aus einem Vertrag zugunsten Dritter nicht überzeugend kontruieren [6].

a) Sofern die benannte Person wirklich allein dank diesen Vereinbarungen Gesellschafter werden soll, muß unterstellt werden, daß sie stark genug sind, ihr mit dem Tod des Gesellschafters die Mitgliedschaft nicht nur anzubieten, sondern aufzudrängen, so daß erst die Ausschlagung der Erbschaft sie wieder von ihr befreite. Der Vertrag, in dem einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter derartiges versprechen, würde die Gesellschafter zugunsten eines Dritten, des Nachfolgers, nicht nur verpflichten. Er enthielte darüberhinaus bereits eine Verfügung an die Person dieses Dritten. Ein Verfügungsvertrag zugunsten Dritter jedoch ist dem BGB fremd (vgl. § 328 BGB) [7].

b) Es kommt hinzu, daß dem Nachfolger mit der Übertragung der Mitgliedschaft auch die unbeschränkte Haftung des Gesellschafters einer OHG aufgebürdet wird. Soweit handelte es sich eindeutig um einen Vertrag zu Lasten Dritter,

---

4) Siebert, S. 19; Siebert, NJW 55, 812; Siebert, BB 56, 837; Tiedau, MDR 57, 641.

5) Hierzu ausführlich Wiedemann, S. 172 f.

6) Schlicht, NJW 54, 984: Der automatische Eintritt in die Rechtsverhältnisse eines andern kann nicht vereinbart werden.

7) Siebert, NJW 55, 811; Siebert, BB 56, 837; Wiesmann, S. 94. Rauch, S. 61, dagegen bejaht die unmittelbare Übertragung der Mitgliedschaft analog § 328 BGB.

der dem BGB gleichfalls fremd ist [8].

c) Schließlich: ein spezieller Vertrag zugunsten der Nachfolge einer bestimmten Person wird regelmäßig nicht abgeschlossen. Die Konstruktion einer vertraglichen Nachfolge kann sich daher nur auf den Gesellschaftsvertrag, genauer die Nachfolgeklausel, stützen. Der Nachfolgeklausel müßte also eine verfügende Kraft beigemessen werden, um das Phänomen der unmittelbaren Nachfolge erklären zu können. Dies wurde verschiedentlich versucht [9].

Indes, eine Verfügung entspricht dem Wesen der Nachfolgeklausel nicht [10]. Sie ermöglicht nur, sie bewirkt nicht die Nachfolge [11]. Dies zeigt sich deutlich dann, wenn die Nachfolgeklausel nicht eindeutig bestimmt gehalten ist. Wohl kann sie einen Nachfolger der Person nach bezeichnen. Sie kann aber auch lediglich den Kreis der nachfolgefähigen Personen, aus dem der Gesellschafter einen oder mehrere Nachfolger auswählen darf, mehr oder weniger eng umschreiben [12]. Wird vom Gesellschafter keiner aus diesem Kreis benannt, dann bleibt die Nachfolgeklausel unerfüllt; keiner der in ihr Berufenen wird Gesellschafternachfolger [13]. Hier erweist sich, daß die Nachfolgeklausel allein keine übertragende Kraft hat. Sie entspricht einer Ermächtigung, die keine Wirkung äußert, solange von ihr nicht Gebrauch gemacht wird.

---

8) Küster, DNotZ 56, 463.
Weiler, DNotZ 52, 28, sieht die Belastung nicht so schwer; insgesamt überwiege die Berechtigung. Ebenso Rauch, S. 64. Parr, S. 31 und 36, überwindet dogmatische Bedenken, da er im Vertrag zugunsten Dritter das kleinste mögliche Übel einer Nachfolgekonstruktion sieht. Als Schutz gegen eine Belastung sei § 139 HGB ausreichend.
Knur, Notartag 65, 71, verneint überhaupt eine Belastung wegen des Zurückweisungsrechts aus § 333 BGB.

9) RGZ 145, 294; Buchwald, AcP 154, 25; Lange, S. 52 und 342; RGRK-HBG, § 139, 15.

10) Barz, Notartag 65, 57.
Schlicht, NJW 54, 984: Der Gesellschaftsvertrag hat keine dingliche Wirkung. Ebenso Lappe, S. 37.

11) BGH 22, 191; Holch, S. 24; Kipp-Coing, S. 403; Küster DNotZ 56, 463, 469; Rauch, S. 81; Schlegelberger-Geßler, § 139, 8, 14, 21; Siebert, S. 19; Siebert, BB 56, 836; Sommer, S. 204; Weiler, DNotZ 52, 287.

12) Hueck, S. 302; Rauch, S. 36; Wichmann, S. 5.

13) Siebert, BB 56, 838.

Ein Vertrag zugunsten Dritter kann also im Regelfall nicht den Erwerbstatbestand für den Übergang der Mitgliedschaft bilden [14].

§ 11
ÜBERGANG DER MITGLIEDSCHAFT KRAFT ERBRECHTLICHER UNIVERSALSUKZESSION?

I. Allgemeines

1. Die ganz überwiegende Meinung sieht die Nachfolge in die Gesellschafterstellung als erbrechtlichen Vorgang [1]. Sie rechnet damit die Mitgliedschaft so gut zum Nachlaß wie das Vermögen im übrigen. Denn anderes als der Nachlaß läßt sich nicht vererben.

Dabei wird gewöhnlich nicht zwischen Gesamthandsanteil und Beteiligung unterschieden, sondern der Übergang der Mitgliedschaft insgesamt als undifferenzierter Akt gewertet. Die Auffassung von der Mitgliedschaft als einheitlichem Gut, das auch bei der Vererbung einheitlichen Regeln folgt, herrscht im Schrifttum wohl vor [2]. Die komplexe Gestalt der Mitgliedschaft wird zwar erkannt, doch man zieht daraus meist keine Konsequenzen, da sie "im Innern zu einer festgefügten Einheit verbunden sei, davon kein Teil losgelöst und rechtlich selbständig behandelt werden könne" [3].

---

14) Eiselt, AcP 158, 320.

1) Vgl. RGZ 16, 56; 153, 277; 145, 194; 170, 392; BGH 22, 191; Buchwald, AcP 154, 22; Donner, DR 43, 1205; Düringer-Flechtheim § 139, 5; Ermann, § 1922, 5 g; Gierke, S. 194; Hueck, S. 296; Kipp-Coing, S. 401; Liebisch, ZHR 116, 129 f; Palandt, § 727, 1 I a; Parr, S. 25; Rauch, S. 17; RGRK-BGB, § 727, 1 und § 1922, 14; Schlegelberger-Geßler, § 139, 5 und 21; Siebert, S. 16 f; Siebert, NJW 55, 810; Staudinger-Keßler, § 727, 6; Staudinger-Boehmer, § 1922, 162; Weiler, DNotZ 52, 288; Wiesmann, S. 132; Wolf, NJW 54, 1549; Würdinger, S. 95.

2) Vgl. RGZ 145, 294; 170, 392; BGH 22, 191; Baumbach-Duden, § 139, 3 A; Ermann, § 1922, 5 g; Holch, S. 41; Kipp-Coing, S. 386; Küster, DNotZ 56, 460; Lappe, S. 45 und 59; Liebisch, ZHR 116, 130; Schlegelberger-Geßler, § 139, 5 und 21 f.; Siebert, NJW 55, 810; Staudinger-Boehmer, § 1922, 162; Weiler, DNotZ 52, 288.

3) Liebisch, ZHR 116, 135.

2. Indes, das Gesetz selbst behandelt die Teile der Mitgliedschaft rechtlich selbständig. § 738 BGB zeigt ganz allgemein beim Ausscheiden eines Gesellschafters die Zwiegestalt der Gesellschafterstellung [4]. Enthält der Gesellschaftsvertrag nur die Fortbestandsklausel, so wächst nach dieser Vorschrift der personenrechtliche Teil der Mitgliedschaft, der Gesamthandsanteil, den übrigen Gesellschaftern an. Der aufgelöste vermögensrechtliche Teil dagegen bleibt dem Ausgeschiedenen bzw. seinen Erben.

Die Mitgliedschaft nur einheitlichen Regeln zu unterwerfen, besteht kein Grund. Selbst bei den Verfechtern der Einheitlichkeit gilt stets sogleich auch eine Einschränkung. Können etwa die Erben wegen Inkongruenz von Nachfolgeklausel und Testament die Mitgliedschaft nicht erben, dann soll ihnen dennoch wenigstens deren Kapitalwert "zugutekommen" [5].

Der Übergang der Beteiligung und der Übergang des Gesamthandanteils sind wegen des so verschiedenen Gehalts für sich zu prüfen. Was für diesen gilt, muß nicht für jene gelten [6].

II. Vererbung der Beteiligung

1. Ohne Nachfolgeklausel entstände bei fortbestehender OHG mit dem Tod eines Gesellschafters der wie immer geartete Abschichtungs- oder Abfindungsanspruch, der zum Vermögen des Gesellschafters und damit zu seinem Nachlaß zählt (§ 1922 I BGB). Er stellt die den Beschränkungen des Gesellschaftsvertrags unterworfene Beteiligung des Gesellschafters im Zeitpunkt seines Todes dar. Die Beteiligung ist aufgelöst, weil ihr Träger aus der OHG ausgeschieden ist. Gemäß § 1922 BGB geht die aufgelöste Beteiligung auf den Erben über [7].

---

4) Oben, § 2 I, § 9 I.

5) Holch, S. 47.
Siebert, S. 8: "Mindestens dieser vermögensrechtliche Kern der Mitgliedschaft muß vom Erbrecht erfaßt werden".

6) RGZ 106, 165; 171, 331; DR 43, 731; Buchwald, AcP 154, 22; Donner, DR 43, 1205; Düringer-Flechtheim, § 131, 7, § 139, 15; Eiselt, AcP 158, 331; Kaufmann, JZ 59, 522; Küster DNotZ 56, 467; RGRK-HGB, § 131, 26; Schlicht, NJW 54, 984; Wolf, NJW 54, 1549.

7) Buchwald, AcP 154, 22: Rechte aus der Beteiligung an der Gesellschaft gehören zum Nachlaß.

2. Bei der Nachfolgeklausel soll die Beteiligung weiter in der OHG verbleiben. Sie unterscheidet sich dann von der aufgelösten Beteiligung, die einem einfachen Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter gleichsteht, durch die Festlegung und ihren dadurch bedingten dynamischen Charakter, da die Entwicklung der OHG sie in Zukunft fortlaufend beeinflußt. Doch auch die arbeitende Beteiligung hat einen gegenwärtigen, bestimmbaren Wert, und auch sie ist letztlich als obligatorischer Anspruch anzusehen, der lediglich beim Tod eines Gesellschafters zunächst nicht fällig ist. Die Unterschiede sind für die Vererbung belanglos. Es steht nichts im Wege, den Übergang auch der arbeitenden Beteiligung mit der Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen des Gesellschafters (§ 1922 BGB) zu erklären [8].

3. Als Teil des Nachlasses wird die Beteiligung rechtlich wie dieser behandelt. Sie unterliegt der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker [8a] so gut wie dem Zugriff der Nachlaßgläubiger. Die personenrechtliche Seite der Mitgliedschaft, die mit dem Gesamthandsanteil verknüpft ist, hat hier auf den reinen Vermögenscharakter der Beteiligung keinen Einfluß.

Miterben steht die Beteiligung gemäß § 2032 BGB gemeinsam als Gesamthändern zu [9].

III. Vererbung des Gesamthandsanteils?

1. Unmittelbare Anwendung des § 1922 BGB

Der Übergang auch des Gesamthandsanteils, also der persönlichen Rechte, der Mitverwaltungsbefugnis des Gesellschafters, soll nach einer Meinung unmittelbar auf § 1922 BGB beruhen (Vererbung der Mitgliedschaft) [10].

Doch der Anteil stellt nicht die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft dar. Er läßt sich überhaupt nicht als Vermögensgut erfassen. Macht ihn der Gesellschaftsvertrag übertragbar, so macht er ihn doch nicht zu einem Vermögens-

---

8) Eiselt, AcP 158, 328. Die vermögensmäßige Beteiligung ist ein typischer Nachlaßgegenstand. Ähnlich Schlicht, NJW 54, 985.

8a) Für den Nachlaßverwalter vgl. BGH NJW 67, 1962.

9) Hueck, S. 300, Fußn. 25.

10) So ohne Bedenken BGH 22, 191.

teil [11]. Daß also auch er mit dem "Vermögen als Ganzes" (§ 1922 BGB) auf den Erben übergehen soll, läßt sich schwer erklären [12]. Trotz Nachfolgeklausel gehört der Gesamthandsanteil nicht zum Vermögen [13] und deshalb nicht zum Nachlaß des Gesellschafters [14]. Auch wenn der Gesamthandsanteil übertragbar ist - aus dem Nachlaß kann ihn der Erbe nicht wohl erhalten.

2. Erweiterte Anwendung des § 1922 BGB

Dem könnte abgeholfen werden, wenn der Anteil trotz seiner herrschaftsrechtlichen Struktur sich zum Vermögen im weiteren Sinn rechnen ließe. An solchen Versuchen fehlt es nicht. Die gebräuchlichen Begründungen gehen etwa dahin, die Rechtsposition des Erblassers als Gesellschafter der OHG habe durch den Gesellschaftsvertrag "gewissermaßen" die Vererblichkeit gemäß § 1922 BGB erlangt [15]; die Nachfolgeklausel mache die Gesellschafterstellung als Ganzes zu einem vererblichen Rechtsgut [16], das unbedenklich zum Vermögen des Erblassers gezählt werden könne [17]. Oder der nahe Zusammenhang der vermögensrechtlichen und nicht-vermögensrechtlichen Elemente der Mitgliedschaft rechtfertige es, die Mitgliedschaft insgesamt als Vermögensgut zu verstehen und damit der Gesamtrechtsnachfolge des § 1922 BGB zu unterwerfen [18]; bei der "Gesamtschau" [19] überwiege der vermögensrechtliche Charakter.

In wieder andere Richtung geht der Versuch, die Mitgliedschaft nicht unter den Vermögensbegriff des § 1922 BGB zu fassen, sie aber gleichwohl für vererblich zu erklären: Dies durch ein elastisches Verständnis des Begriffs "Nachlaß" [20].

---

11) Wiesmann, S. 123.
Übertragbar wird leicht mit vererblich gleichgesetzt, vgl. etwa Eiselt, AcP 153, 320; Siebert, S. 17 und 25. Dagegen Kaufmann, JZ 59, 523.
12) Richardi, S. 2.
13) Wichmann, S. 11.
14) RGZ 171, 328; Küster, DNotZ 56, 467.
15) Küster, DNotZ 56, 465; Weiler, DNotZ 52, 287.
16) Wiesmann, S. 132.
17) Richardi, S. 9; Siebert, S. 20.
18) Rauch, S. 17. Wichmann, S. 16.
19) Richardi, S. 6, Fußn. 28.
20) Lappe, S. 44; Wiesmann, S. 73.

Da ein Ersatz für § 1922 BGB im Erbrecht nicht zu finden sei, empfiehlt Siebert zumindest die analoge Anwendung dieser Vorschrift [21].

Ohne auf § 1922 BGB abzustellen, begründet schließlich Liebisch die Vererblichkeit der Mitgliedschaft mit dem Wahlrecht, das § 139 HGB den Gesellschaftererben einräumt. § 139 HGB setze also die Vererblichkeit der Mitgliedschaft voraus; anders sei das Wahlrecht weder sinnvoll noch nötig [22]. Doch die Vorschrift, exakt gelesen, spricht nur von einer "Fortsetzung" mit den Erben, sagt aber nichts über eine "Vererbung" der Mitgliedschaft [23].

3. Schwierigkeiten bei einer Mehrheit von Erben

Soweit gut. Die Konstruktionen zeigen zunächst keinen Pferdefuß. Den erbrechtlichen Übergang der Mitgliedschaft insgesamt erklären sie glatt, wenn ein Erbe gemäß § 1922 BGB allein erbt.

a) Doch sie geraten in Bedrängnis, wenn mehrere Erben vorhanden sind. Denn was nach § 1922 BGB dem einen Erben allein zufällt (Erbschaft = Nachlaß), wird bei einer Mehrheit von Erben gemeinschaftliches Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft (§ 2032 I BGB). Also auch die Mitgliedschaft? [24] Das hieße, die Erbengemeinschaft wird Gesellschafter. Da die Erbengemeinschaft aber nicht selbständig und nicht als Einheit auftreten kann, wäre dies gesellschaftsrechtlich ein unmögliches Ergebnis. Nach Gesellschaftsrecht können die nachfolgeberechtigten Miterben nur als Einzelpersonen Gesellschafter werden, nicht die Erbengemeinschaft als solche [25]. Dies ergibt sich auch aus der Formulierung des § 139 I HGB "jeder Erbe" [26]. Nach Erbrecht aber kommt allein die Erbengemeinschaft als Erbe in Betracht. Hier führt die erbrechtliche Deutung der Nachfolge zu einer offenen Kollision zwischen Prinzipien des Gesellschafts-

---

21) NJW 55, 810. Für analoge Anwendung auch Holch, S. 34.

22) ZHR 116, 130.

23) Kaufmann, JZ 59, 523.

24) Unklar Küster DNotZ 56, 466: Zwar habe der Anteil "gewissermaßen" die Vererblichkeit nach § 1922 BGB erlangt, aber zum Gesamthandsvermögen (§ 2032 BGB) falle er nicht an.

25) Ganz herrschende Meinung, vgl. die Nachweise bei Lappe, S. 56; Parr, S. 26. Doch bejahen dies Buchwald JR 55, 175, AcP 154, 22, BB 62, 1405 und, ausführlich, Eiselt, AcP 158, 321 f.

26) RGRK-HGB, § 139, 25.

recht und des Erbrechts.

b) Schlimmer noch ist es, wenn aus einer mehrgliedrigen Erbengemeinschaft nur ein Erbe Gesellschafternachfolger werden darf. Nach dem Gesellschaftsvertrag kann dann die Mitgliedschaft nur auf diesen einen Miterben übergehen, nicht dagegen auf die Erbengemeinschaft. Denn die anderen Miterben sind in der beschränkten Nachfolgeklausel nicht benannt; auf sie ist die Mitgliedschaft, genauer der Gesamthandsanteil, nicht übertragbar. Nach Erbrecht aber kann nur die Erbengemeinschaft [27] die Mitgliedschaft, wenn sie in den Nachlaß fällt, erhalten, und zwar gemäß § 2032 zur gesamten Hand. Ein gesonderter Alleinerwerb des zum Nachfolger bestimmten Miterben ist ausgeschlossen. Das Schicksal der Mitgliedschaft hängt so in der Luft. Gesellschaftsrechtlich kann nur der eine, erbrechtlich können nur alle Miterben zusammen die Mitgliedschaft erwerben [28]. Eine Nachfolge läßt sich nicht mehr erklären.

4. Ausschaltung des Gesamthandsprinzips

Mit diesem Ergebnis konnte man sich nicht zufrieden geben. Der Konflikt wurde wohl erkannt. Die Lösung mußte in der Ausschaltung des Gesamthandsprinzips liegen. Dazu hat sich der überwiegende Teil des Schrifttums entschlossen. Am reinsten hat diese Lösung der BGH in seiner Konstruktion der "Sonderrechtsfolge" ausgebildet, die sich allein auf die Durchbrechung des Gesamthandsprinzips beschränkt [29]. Demgegenüber ging der wohl größere Teil des Schrifttums noch einen Schritt weiter und bekannte sich zur "Sondererbfolge" im Gesellschaftsrecht, die sich vor allem an der Figur des bevorzugten Gesellschaftererben, der als einziger der Miterben Gesellschafter werden darf, orientiert hat.

---

27) Anders Wiesmann, S. 148: Die Erbenqualität komme jedem Miterben selbständig zu. Wiesmann sieht die eigentliche Mitgliedschaft ("Teilhaberschaft") als für bestimmte Erben relativ vererbliches Rechtsgut.

28) Hueck, DNotZ 52, 552, will hier dem Gesellschaftsvertrag den Vorrang einräumen. Dagegen mit Recht Wichmann, S. 7 u. 31.

29) BGH 22, 186 f.

IV. Sonderrechtsfolge

1. Ausgangspunkt der Sonderrechtsfolge bleibt die erbrechtliche Konstruktion. Die Mitgliedschaft vererbt sich auf einen oder mehrere Erben als Teil des Nachlasses [30]. Beim Alleinerben gibt es keinerlei Besonderheit. Er wird bei entsprechender Nachfolgeklausel Gesellschafter auf Grund seines Erbrechts. Die Rechtslage unterscheidet sich nach dem BGH "grundsätzlich in nichts von derjenigen, wie sie bei der Erbfolge ganz allgemein gegeben ist" [31].

2. Eine Sonderrechtsfolge braucht der BGH erst, wenn mehrere Erben vorhanden sind. Da aus den bekannten gesellschaftsrechtlichen Gründen eine Erbengemeinschaft nicht Gesellschafterin werden kann, "muß" die allgemein gefaßte erbrechtliche Regelung einer Gesamtnachfolge in Form der Erbengemeinschaft zurücktreten. Die Miterben erwerben daher den Gesellschaftsanteil (hierunter versteht der BGH Gesamthandsanteil und Beteiligung) unmittelbar geteilt entsprechend ihrer Erbquote [32].

Also nicht die Erbengemeinschaft erbt den Gesellschaftsanteil oder die Mitgliedschaft, sondern jeder Miterbe für sich ein entsprechendes Stück. Schlicht ausgedrückt: § 2032 BGB gilt für die Gesellschafternachfolge nicht [33]. Vom Ergebnis her liegt in dieser Feststellung eindeutig ein Fortschritt [34]. Das Hindernis, das einer unmittelbaren Nachfolge im Wege steht, der gesamthänderische Erwerb der Erben, ist beseitigt. Allerdings etwas gewaltsam: "Die erbrechtliche Regelung muß zurücktreten".

---

30) BGH 22, 191.

31) BGH 22, 191.

32) BGH 22, 193, soweit in Übereinstimmung mit der h. L. (vgl. die ausführliche Literaturangabe bei Parr, S. 26, Fußn. 5).

33) Vgl. auch Liebisch, S. 137-139, und Lappe, S. 61. Sie bejahen wohl die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft insgesamt, doch gehöre sie als "Sondergut" nicht zu dem Teil des Vermögens, der der Gesamthandsbindung unterliege. § 139 HGB gehe als Sondervorschrift den allgemeinen erbrechtlichen Normen der §§ 2032 ff BGB vor (Lappe, S. 58 u. 62). Ähnlich auch Wiedemann, S. 206: Die Mitgliedschaft sei als erbrechtliches Sondergut des Bedachten zu behandeln, das den Miterben in ihrer Verbundenheit nicht zustehen könne (dazu unten, § 11, VI).

34) Holch, S. 57, nimmt das Ergebnis als Begründung seiner übereinstimmenden Meinung: "Dies das billigenswerte, weil sachgerechte Ergebnis."

3. So richtig der Ansatz und so richtig das Ergebnis - jeder Erbe wird für sich Gesellschafter -, die Verdrängung erbrechtlicher Vorschriften durch den vagen Begriff der Sonderrechtsfolge scheint nicht der beste Weg. Diesen verbaut sich der BGH unbemerkt schon zu Beginn durch seine Vorstellung vom Gesellschaftsanteil, der bei ihm dinglichen Gesamthandsanteil und vermögensmäßige Beteiligung umfaßt. Da der BGH nicht differenziert, zählt für ihn auch die "eigentliche" Mitgliedschaft (der Gesamthandsanteil) zum Vermögen und so zum Nachlaß. Damit aber sieht er sich der unerwünschten Regelung des § 2032 BGB gegenüber, an der er sich nun vorbeizwängen muß. Das kann ihm nur gegen das Gesetz gelingen, denn das geltende Erbrecht kennt keine zuweisende Stückeverteilung (hier: Quotenanteil an der Beteiligung) an einzelne Miterben [35]. Ohne die Prämisse, daß Gesamthandsanteil und Beteiligung ein einheitliches Vermögensgut bilden, fände § 2032 für die eigentliche Mitgliedschaft keine Anwendung: nicht weil die Vorschrift zurücktreten muß, sondern weil sie die nichtvermögenswerte eigentliche Mitgliedschaft von vornherein nicht erfaßt.

4. Der BGH begnügt sich mit der Durchbrechung des Gesamthandsprinzips, das im Grund als einziges Hindernis einer Vererbung der Mitgliedschaft im Wege steht - vorausgesetzt, daß die eigentliche Mitgliedschaft überhaupt nachlaßfähig ist. Weiter greift der BGH nicht in das Erbrecht ein. Vom Gesellschaftsanteil erhält jeder Erbe soviel, wie ihm auf Grund seines Erbrechts zusteht, auch wenn der Gesellschaftsvertrag eine andere Zuweisung vorsieht. Darf von mehreren Erben nach dem Gesellschaftsvertrag nur einer Gesellschafter werden, so erhält also er einen seiner Erbquote entsprechenden Teil der Beteiligung. Die übrigen Erben erhalten zur gesamten Hand für den Rest einen Abfindungsanspruch gegen die OHG [36].

5. Die im Gesellschaftsvertrag oft vorgesehene Nachfolge eines von mehreren Erben mit der vollen Beteiligung ohne Abfindungsansprüche der ausgeschlossenen Erben ist nach dem BGH nicht unmittelbar zu verwirklichen, da er mit der Sonderrechtsfolge nur das Gesamthandsprinzip umgehen, nicht aber einen Erben über sein Erbteil hinaus bevorzugen will. Diese "Vollnachfolge" des einen Erben erreicht er nur mit einer holprigen Zusatzkonstruktion, die überdies § 738 BGB verkennt [37].

---

35) Darauf weist vor allem Wiedemann, S. 193, 194, hin.

36) BGH 22, 194. Ebenso RGZ 170, 106; 171, 350. Kritisch Lappe, S. 84: nicht die übrigen Erben, die Erbengemeinschaft insgesamt erhält einen Abfindungsanspruch.

37) BGH 22, 195 f. Dazu Rauch, S. 113.

V. Sondererbfolge

Angesichts der Schwierigkeiten, die das Zusammenwirken von Gesellschaftsrecht und Erbfolge der Gesellschafternachfolge entgegenstellt, entschied vor allem Siebert sich, die Mitgliedschaft aus dem gewöhnlichen Rahmen der Vererbung überhaupt zu lösen und eigenen Regeln folgen zu lassen. In einer Sondererbfolge [38], wie sie aus dem Höfe- und Heimstättenrecht bekannt ist [39], sah er den einzigen geraden Ausweg aus allen Problemen der Vererbung der Mitgliedschaft. Ihm folgte ein großer Teil des Schrifttums [40].

1. Gesonderter Übergang der Mitgliedschaft

Auch Sieberts Ausgangspunkt ist die Durchbrechung des Gesamthandsprinzips. Weitergehend aber als die Verfechter der Sonderrechtsfolge entzieht Siebert die Mitgliedschaft, soweit es um ihren Übergang geht, dem sonstigen Nachlaß völlig. Grundlage des unmittelbaren Übergangs bleibt § 1922 BGB. Doch gesondert vom anderen Vermögen des Erblassers fällt die Mitgliedschaft ohne Beachtung der gesetzlichen oder testamentarischen Erbquote jedem Erben unmittelbar nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags an. Wer nachfolgeberechtigt ist, erhält mit dem Erbfall sogleich ein so großes Stück der Mitgliedschaft (genauer: der Beteiligung), wie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen. Mehrere berufene Erben erhalten jeder unmittelbar ihren Teil [41]; der allein nachfolgeberechtigte Miterbe erwirbt unmittelbar die gesamte Mitgliedschaft [42]. Gesetzliche und gewillkürte Erbfolge dürfen dabei nicht verschieden behandelt werden [43]. Stets vollzieht sich

---

38) Siebert, S. 24; NJW 55, 811; BB 56, 838.

39) Wiesmann, S. 142-144, kritisiert allerdings zu Recht die Unvergleichbarkeit von Hoferbfolge und Nachfolge in eine Gesellschafterstellung.

40) Baumbach-Duden, § 139, 2 A. Ermann, vor § 2032, 3 b; Hellmuth, S. 44; Holch, S. 59; Hueck, JZ 57, 223 und S. 301; Kipp-Coing, S. 402; Küster, DNotZ 56, 466; Lappe, S. 61; Petersen, JZ 60, 211 und BB 63, 331; RGRK-HGB, § 139, 25; Reinicke, NJW 57, 563; Schlegelberger-Geßler, § 139, 25 a; Staudinger-Boehmer § 1922, 162; Tiedau, MDR 57, 641; Wichmann, S. 24; Zunft, NJW 57, 1131. Ebenso früher RGZ 145, 294.

41) Siebert, S. 24.
Buchwald, AcP 154, 26, Fußn. 12; Tiedau, MDR 57, 641; Zunft, NJW 57, 1131, der § 139 HGB hier als lex spezialis zu §§ 2032, 2033 BGB auffaßt.

42) Siebert, S. 24. Zustimmend das in Fußn. 40 aufgeführte Schrifttum.

43) Siebert, S. 24.

die gesonderte Vererbung der Mitgliedschaft allein nach der Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, auch wenn eine ihr korrespondierende erbrechtliche Verfügung fehlt [44].

2. Zurechnung beim Nachlaß

Trotz Sondererbfolge will Siebert die Mitgliedschaft wertmäßig dem Nachlaß zuzählen. Dies etwa bei der Auseinandersetzung der Miterben oder beim Umfang der Haftung gegenüber Nachlaßgläubigern [45].

3. Siebert verfocht den Gedanken der Sondererbfolge anfangs eher als Erwägung, die der Diskussion dienen mochte [46], zunehmend mehr jedoch mit Überzeugung, als einzig möglichen Weg für die Gesellschafternachfolge [47].

Dennoch, sein Vorschlag ist keine glückliche Lösung [48]. Ihm fehlt jede positivrechtliche Grundlage. Zwar wollte Siebert aus den Schwierigkeiten für die Nachfolge im Erbrecht selbst einen Ausweg suchen [49]. Doch mit der Sondererbfolge ist er kaum mehr im Erbrecht geblieben. Nicht allein, daß sie, wie die Sonderrechtsfolge des BGH, das Gesamthandsprinzip übergeht. Sie beseitigt auch die gesetzliche Wertverteilung des Nachlasses und läßt einem Miterben ohne entsprechende testamentarische Bestimmung, ja auch gegen eine ausdrücklich anders lautende letztwillige Verfügung, mehr zukommen, als seiner Erbquote entspricht [50], nur weil es im Gesellschaftsvertrag, einer Vereinbarung unter Lebenden, der jeder Charakter einer Verfügung von Todes wegen mangelt, so vorgesehen ist [51]. Gerade letzteres wäre zur Umgehung von Schwierigkeiten, die

---

44) Zunft, NJW 57, 1129: Der Gesellschaftsvertrag bestimmt Art und Umfang des Rechtserwerbs.

45) Siebert, S. 24. Viel zu weitgehend Liebisch, ZHR 116, 133 f., der die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft überhaupt verneint.
Vgl. auch Petersen, JZ 60, 212.

46) Siebert, S. 25.

47) Siebert, BB 56, 838 und BB 57, 19.

48) Ausführliche Kritik bei Wiedemann, S. 203-205, und Wiesmann, S. 141-145.

49) Siebert, S. 23.

50) Lappe, S. 81, will dieses Ergebnis § 139 HGB entnehmen.

51) Allerdings soll der bevorzugte Miterbe zu Ausgleichszahlungen verpflichtet sein, Siebert, S. 43.

im Wesen der Mitgliedschaft begründet sind, nicht nötig. Siebert, der selbst so klar zwischen personenrechtlicher und vermögensrechtlicher Komponente der Gesellschafterstellung getrennt hat [52], hält es an anderer Stelle wieder für bedenklich, zwischen diesen beiden Teilen zu unterscheiden [53], und zieht die Beteiligung, deren Vererbung nicht im geringsten problematisch ist, hier wieder mit dem Gesamthandsanteil zum einheitlichen Rechtsgut Mitgliedschaft zusammen. Deren Vererbung allerdings bereitet Schwierigkeiten.

Bei der Nachfolge eines bevorzugten Miterben scheint Sieberts Sondererbfolge weniger einem offenen Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht Rechnung zu tragen als vielmehr einer menschlichen Schwäche, vor der auch Gesellschafter nicht geschützt sind: rechtzeitig ein vernünftiges Testament zu errichten. Denn was beim Fehlen einer Verfügung von Todes wegen dem einen Miterben das gesetzliche Erbrecht nicht zuwendet, das soll die Sondererbfolge nun allein aus der Sphäre des Gesellschaftsrechts bewirken: die Nachfolge als Gesellschafter mit der gesamten Beteiligung. Soweit sollte eine Konstruktion nicht gehen, die ihre Berechtigung nur darin finden kann, daß das Erbrecht mit seinem Gesamthandsprinzip eine Vererbung der eigentlichen Mitgliedschaft nicht befriedigend zu deuten vermag, beim Übergang von Vermögen, also auch beim Übergang der Beteiligung, jedoch keine Schwierigkeiten hat.

Schließlich ist es schwer einzusehen, warum sich der Übergang der Beteiligung so anders vollziehen soll, je nachdem ob die OHG aufgelöst oder ob sie fortgesetzt wird. Im ersten Fall erhalten die Erben die Beteiligung in Form des Anspruchs auf den anteiligen Vermögensüberschuß nach der Liquidation (§ 155 HGB) sicher gesamthänderisch und nicht jeder davon sogleich ein Stück. Warum so verschieden im zweiten Fall, bei einer Nachfolge der Erben? Die beiden Fälle lassen sich auch kreuzen. Die aufgelöste OHG wird durch Beschluß der Gesellschafter einschließlich der Erben wieder fortgeführt. Wird damit zugleich die Beteiligung, bisher Gesamthandsgut der Erbengemeinschaft, automatisch aufgestückelt? Oder der allein nachfolgeberechtigte Miterbe schlägt die Erbschaft aus. Wird (erst) damit die Beteiligung, nach dem BGH zum Teil, nach Siebert ganz dem bevorzugten Miterben unmittelbar zugefallen, Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft?

Siebert dachte bei seiner Sondererbfolge vor allem an den bevorzugten Miterben, dem mit der Mitgliedschaft auch die ganze Beteiligung ungeschmälert zufallen

---

52) Siebert, S. 6.

53) NJW 54, 985.
Vgl. auch Wichmann, S. 26.

solle. Dieses Ergebnis erreicht er einfach und einleuchtend, während der BGH sich mit einer ungeschickt lebensleeren Konstruktion [54] behelfen muß. Doch bei beiden muß bezweifelt werden, daß es sich noch um "gesetzliche" Erbfolge handelt, da unser Rechtssystem keine zuweisende Stücke-Vererbung kennt [55].

Es zeigt sich, mit den Regeln des geltenden Erbrechts läßt sich die Nachfolge in die Gesellschafterstellung nicht befriedigend erklären. Eine Vererbung im technischen Sinn kann bezüglich der Mitgliedschaft im ganzen nicht stattfinden.

VI. Analogie zur Gütergemeinschaft (§ 1417 BGB)

Eine weitere erbrechtliche Variante der Gesellschafternachfolge durch Ausdehnung des geltenden Erbrechts schlägt Wiedemann [56] vor. Er empfiehlt, die gesetzliche Ordnung der Gütergemeinschaft ins Erbrecht zu übernehmen und die Mitgliedschaft als erbrechtliches Sondergut der Bedachten zu behandeln, das den Miterben in ihrer Verbundenheit nicht zustehen könne. So sei es möglich, die unmittelbare dingliche Zuordnung der Mitgliedschaft auf die nachfolgeberufenen Erben zu erklären, ohne die allgemeine bürgerlich-rechtliche Nachlaßregelung zu durchbrechen.

Auch Wiedemann vermengt die personenrechtliche und vermögensrechtliche Seite der Gesellschafterstellung und kommt dann ohne befriedigende Erklärung zur Annahme einer Sondergutseigenschaft dieser Mitgliedschaft, die die analoge Anwendung spezieller Vorschriften rechtfertige.

---

54) BGH 22, 195 f.

55) Siebert selbst zweifelt (S. 25), ob die Sondererbfolge dem geltenden Recht entspricht. Er hat auch nie eine Analogie zum Hof- und Heimstättenrecht vorgeschlagen. Rauch, S. 95, dagegen meint, man könne nicht von einer "Sondererbfolge" sprechen, weil die Rechtskonstruktion sich noch im Rahmen des geltenden Rechts bewege.

56) Wiedemann, S. 206.

§ 12
DER ERWERB DER MITGLIEDSCHAFT (NACHFOLGEKLAUSEL UND ERBE)

Den erbrechtlichen Konstruktionen liegt die Annahme zugrunde, ein Rechtsguterwerb sei nur durch Vertrag unter Lebenden oder durch Vererbung möglich. Wenn also ein vertraglicher Übergang ausscheidet - bei der Gesellschafternachfolge ist dies, wie gezeigt [1], die Regel-, könne ein designierter Nachfolger die Gesellschafterstellung nur auf Grund seines Erbrechts erlangen [2].

Diese strikte Behauptung [3] ist nicht richtig. So werden gemeinschaftliche Abkömmlinge Mitglied einer fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1483 BGB) nicht auf Grund ihres Erbrechts und nicht auf Grund eines Vertrags unter Lebenden mit ihnen. Ihr Rechtserwerb vollzieht sich in wieder anderer Weise.

In Anlehnung hieran ließe sich der Übergang der Mitgliedschaft in der OHG außerhalb des Erbrechts deuten. Das soll im folgenden versucht werden. Vorangestellt wird die Nachfolge gesetzlicher Erben; hier lassen sich die Rechtsfolgen, die das Erbrecht an Klauseln im Gesellschaftsvertrag knüpft, am reinsten verfolgen.

I. Nachfolgeklausel und gesetzliche Erbfolge

1. Der Alleinerbe

a) Voraussetzungen der Gesellschafternachfolge

Voraussetzung jeder Nachfolge in die Gesellschafterstellung ist die Nachfolgeklausel. Doch sie allein genügt nicht. Sie bewirkt nicht die Nachfolge, sie schafft nur die Möglichkeit des Übergangs [4]. Es reicht nicht, daß der berufene Nachfolger beim Tod des Gesellschafters vorhanden ist, er also diesen überlebt. Er muß zugleich auch dessen Erbe sein [5]. Erst die Tatsache des Erbe-Seins füllt

---

1) Oben, § 10 II, III.
2) BGH 22, 190.
3) Siebert, NJW 55, 809; ähnlich Rauch, S. 116.
4) Oben, § 10 III c.
5) Buchwald, AcP 154, 26; Eiselt, AcP 158, 330; Holch, S. 32; Schlegelberger-Geßler, § 139, 21; Siebert, NJW 55, 810; Wolf, NJW 54, 1549: Gesellschafternachfolge durch Zusammenwirken von erbrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Komponente. Ebenso Petersen, JZ 60, 212.

die offene Möglichkeit der Nachfolge in der Klausel aus. Daß der in der Nachfolgeklausel Berufene Erbe wird, ist Bedingung der Nachfolge. Schlägt er die Erbschaft aus, dann verliert er zugleich auch die Mitgliedschaft [6].

Der Nachfolger kann jedoch die Mitgliedschaft nicht als Erbe auf Grund seines Erbrechts gemäß § 1922 BGB erwerben, da der Gesamthandsanteil als Nicht-Vermögen nicht zum Nachlaß gehört. Sondern er erhält den Gesamthandsanteil und damit die Mitgliedschaft, weil er Erbe ist und so die Nachfolgeklausel tatbestandsmäßig ausfüllt [7].

Der Gesellschafternachfolger, Erbe im übrigen, erwirbt also eine Rechtsposition, die Mitgliedschaft in der OHG, ohne sie im technischen Sinn zu erben, denn erben läßt sich nur der Nachlaß.

Diese Fortsetzungsfigur ist dem bürgerlichen Recht nicht fremd. Ein vergleichbarer Erwerbstatbestand findet sich bei der einen Gesamthandsgemeinschaft, die das BGB auch als fortgesetzte regelt: bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff).

Eine entsprechende Anwendung der Nachfolgeregelung bei der Gütergemeinschaft auf die Nachfolge in die Gesellschafterstellung läßt sich versuchen, wenn hier und dort ein rechtsähnlicher Tatbestand gegeben ist [8].

---

6) Küster, DNotZ 56, 466; RGRK-HGB, § 139, 13.

7) Schlegelberger-Geßler, § 139, 25 a: als Verfügungstatbestand genügt die Tatsache, daß er Erbe ist.
Ähnlich klingt dies in RGZ 171, 326 (mit Kritik von Donner in DR 43, 1205) an: Die Rechtsstellung, die der Erbe mit dem Eintritt in die OHG erwirbt, beruht auf der Erbfolge, gehört aber nicht zum Nachlaß; sie ist an die Person des Erben gebunden, aber nicht kraft Erbrechts sondern kraft Gesellschaftsrechts. Die Beteiligung dagegen gehört zum Nachlaß.

8) Für analoge Anwendung des § 1483 (a.F.) BGB als Grundlage einer Gesamtrechtsnachfolge des Gesellschafter-Erben in die Rechtsstellung des Erblassers schon Hallermann, S. 78 ff, 99 f., allerdings mit unglücklicher Begründung.
Dagegen mit ausführlicher Kritik Wiesmann, S. 76-91.

b) Voraussetzungen der fortgesetzten Gütergemeinschaft

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft setzt zweierlei voraus: die Vereinbarung der Fortsetzung durch Ehevertrag sowie das Vorhandensein von erbberufenen gemeinschaftlichen Abkömmlingen beim Tod des einen Ehegatten (§ 1483 I 1, 2 BGB). In diesem Fall "wird" die Gütergemeinschaft fortgesetzt. Der "Anteil [9] des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut" gehört nicht zum Nachlaß.

Auf die OHG übertragen bedeutete dies, die Nachfolge setzt zweierlei voraus: die Vereinbarung der Nachfolge im Gesellschaftsvertrag (Nachfolgeklausel) sowie das Vorhandensein von nachfolgeberufenen Erben beim Tod eines Gesellschafters. In diesem Fall wird die OHG fortgesetzt. Der Anteil [10] des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gehört nicht zum Nachlaß.

Der Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft stellt rechtskonstruktiv keine Erbfolge in das Vermögen des erstversterbenden Ehegatten dar [11]. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft beruht nicht auf dem Gesetz [12], sondern auf freier, vertraglicher Vereinbarung der Ehegatten [13], d.h. der Mitglieder der Gesamthandsgemeinschaft. Die Vereinbarung bezweckt die Erhaltung des Hausvermögens in ungeteilter Einheit [14], ohne die künftigen Nachfolger selbst in irgendeiner Form hinzuzuziehen. Die gemeinschaftlichen Abkömmlinge sind an dieser vertraglichen Vereinbarung in keiner Weise beteiligt. Für den Tod eines Ehegatten bestimmt § 1483 I BGB als Wirkung der Vereinbarung, die Gütergemeinschaft "wird" mit den Abkömmlingen fortgesetzt.

---

9) Anteil bedeutet hier, anders als in § 738 BGB, nicht nur die Gesamthandsberechtigung, sondern auch die Vermögensbeteiligung.

10) Hier ist nur der Gesamthandsanteil gemeint.

11) Dölle, S. 986, mit weiteren Nachweisen in Fußn. 30; RGRK-BGB, vor § 1483, 6.

12) § 1483 a.F. sah umgekehrt als Grundsatz die Fortsetzung vor, die nur durch ausdrückliche Vereinbarung der Ehegatten ausgeschlossen werden konnte.

13) Ermann, vor § 1483; Gernhuber, S. 409; RGRK-BGB, vor § 1483, 6; Soergel, § 1483, 1.

14) Gernhuber, S. 409.

c) Analoge Anwendung des § 1483 BGB

Das kategorische "wird" fehlt im Gesellschaftsrecht. Das BGB, das beim Tod eines Gesellschafters nur die Alternative Auflösung oder Ausscheiden regelt, hat nicht die Möglichkeit einer Nachfolgeklausel bedacht. Das HGB, das sich auf die Regelung des BGB gründet, nennt wohl in § 139 die Nachfolgeklausel, doch es geht davon aus [15], daß dank anderer Vorschrift die Erben Gesellschafter werden [16]. § 139 bestimmt jedenfalls nicht, die OHG wird mit den Erben fortgesetzt, sondern knüpft nur mit weiteren Regeln an die bereits vollzogene Fortsetzung an [17].

Für die OHG besteht hier eine Lücke, die sich durch Analogie zur fortgesetzten Gütergemeinschaft schließen läßt. Die Voraussetzungen für die Fortsetzung der Gütergemeinschaft wie für die Nachfolge in die Gesellschafterstellung sind ähnlich. Auch der bei der OHG erstrebte Erfolg entspricht der dort gesetzlich normierten Rechtsfolge. In beiden Fällen soll eine Gesamthandsgemeinschaft durch den Tod eines Mitglieds nicht aufgelöst werden, sondern mit einer nahestehenden [18] Person - hier Erbe, dort Abkömmling - ohne deren Zutun gemäß vertraglicher Vereinbarung fortgesetzt werden.

§ 1483 BGB setzt keine Übertragungshandlung voraus [19]. Die gemeinschaftlichen Abkömmlinge werden automatisch Mitgesamthänder. Trotz Wechsel im Personenstand bleibt die Identität der Gesamthand gewahrt [20].

---

15) RG DR 43, 1228; Lange, S. 52.

16) § 139 spricht vom "Verbleiben" der Erben in der OHG, setzt also eine bereits vollzogene Nachfolge voraus.

17) Wiesmann, S. 50 und 138.
Kipp-Wolff, S. 263, betrachtet dagegen § 139 als Nachfolgeregelung: "Unverkennbar ist § 139 das - praktisch weit bedeutsamere - gesellschaftsrechtliche Pendant der fortgesetzten Gütergemeinschaft".

18) Ob sich eine analoge Anwendung des § 1483 BGB auch für die Nachfolge eines beliebigen Dritten in die OHG rechtfertigen läßt, bleibt dahingestellt. Jedenfalls sind in § 139 HGB nur die Erben als Nachfolger angesprochen. Vgl. Petersen, JZ 60, 212.

19) Gernhuber, S. 415.

20) Gernhuber, S. 409 und 412.
Dölle, S. 981: "Freilich wechseln ihre Subjekte, und zwar so, daß an die Stelle des verstorbenen Gatten die gemeinschaftlichen Abkömmlinge als Gesamthänder treten, genauso wie bei einer Gesellschaft, wenn ein Sozius ausscheidet und an seiner Stelle andere in die Gesellschaft eintreten".

Entsprechend wächst bei der OHG dem berufenen Erben, ohne sein Zutun und ohne daß er insoweit erbt, ein Gesamthandsanteil am Gesellschaftsvermögen an, sofern die angeführten Voraussetzungen gegeben sind.

Die Beteiligung des Gesellschafters wird davon nicht berührt. Ihretwegen muß § 1483 BGB nicht bemüht werden. Sie gehört zum Vermögen des Gesellschafters und wird daher, da eine Sondervorschrift fehlt, nach den allgemeinen Regeln des Erbrechts vererbt.

d) Zusammenfassung

Es fehlt eine Vorschrift für den Fall, daß der Gesamthandsanteil dem Gesellschafter bzw. seinem Erben verbleibt, weil der Alt-Gesellschafter beim Tod nicht ausscheidet, sondern der Erbe seine Gesellschafterstellung fortführt. Die entsprechende Anwendung dessen, was für die Fortsetzung der Gütergemeinschaft gilt, schließt die Lücke. In analoger Anwendung des § 1483 BGB läßt die Nachfolgeklausel eine Anwachsung außerhalb des Nachlasses auf den Erben [21] erfolgen. Sie betrifft lediglich den nichtvermögenswerten Gesamthandsanteil. Die Beteiligung wird dem Nachlaß nicht entzogen.

Im Ergebnis stimmt diese Konstruktion, soweit es den Gesamthandsanteil betrifft, überein mit der Sonderrechtsfolge und der Sondererbfolge. Sie unterscheidet sich von ihnen in der Vermögenszuordnung [22]: für diese gilt keine Sondernorm, sie unterliegt dem allgemeinen Erbrecht und verlangt bei mehreren Erben nicht die Durchbrechung des Gesamthandsprinzips.

e) Rechtsstellung des Erben als Nachfolger

aa) Der Erbe rückt in die Gesellschafterstellung des Erblassers nach. Er hat Rechte und Pflichten wie dieser [23], soweit dem Erblasser nicht wegen persönlicher Eigenschaften gewisse Vorrechte eingeräumt werden [24]. Ihm steht als Erben der Beteiligung auch grundsätzlich derselbe Gewinnanteil zu wie dem

---

21) Dölle, S. 986: "Obwohl der Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft keine Erbfolge ist, besteht unleugbar zwischen einer solchen und dem Einrücken der gemeinschaftlichen Abkömmlinge in die Gesamtgutshälfte des verstorbenen Gatten kraft fortgesetzter Gütergemeinschaft eine starke Ähnlichkeit".

22) Unten, § 12 I 2

23) Hueck, DNotZ 52, 555.

24) Hueck, S. 299; Rauch, S. 127.

Erblasser [25], da das Kapital des Verstorbenen unverändert in der OHG investiert bleibt [26].

bb) Andererseits trifft den Erben als Gesellschafter nunmehr auch die volle Haftung nach § 128 HGB für alle Gesellschaftsschulden. Die Möglichkeit, seine Haftung unter den Voraussetzungen des § 1975 BGB auf den Nachlaß zu beschränken, ist ihm, sofern er nicht Kommanditist wird (§ 139 I HGB) oder innerhalb von drei Monaten nach dem Erbfall wieder ausscheidet (§ 139 IV HGB), verwehrt.

Unbestritten gilt dies für Gesellschaftsschulden, die nach seinem Einrücken in die OHG entstanden sind. Für die Altschulden wird die volle Haftung des Gesellschafternachfolgers von der überwiegenden Mehrheit [27] ebenfalls zutreffend bejaht. Die Gegenmeinung [28] beruft sich demgegenüber darauf, daß die Gesellschaftsgläubiger bisher nur mit dem Vermögen des verstorbenen Gesellschafters als Zugriffsobjekt rechneten. Daher könne der Nachfolger seine Haftung für Altschulden auf den Nachlaß beschränken. Das Wesen der OHG verbietet jedoch eine Haftungsbeschränkung zu Gunsten einzelner Gesellschafter.

2. Die Erbengemeinschaft

Hat der Gesellschafter mehrere Erben, und sind nach der Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag alle zu seiner Nachfolge berufen, so vollzieht sich der Erwerb der Mitgliedschaft entsprechend dem Erwerb des Alleinerben.

a) Der Gesamthandsanteil

Die mehreren Erben erwerben den Gesamthandsanteil, der nicht zum Nachlaß gehört, deshalb nicht als Erbengemeinschaft gemäß § 2032 BGB, sondern jeder für sich einzeln [29]. Denn wie beim Alleinerben fällt auch bei mehreren Erben der Gesamthandsanteil nicht der Erbengemeinschaft auf Grund Erbrechts zu, son-

---

25) Hueck, S. 271; RGRK-HGB, § 139, 47.

26) Wiesmann, S. 83.

27) Vgl. Barella, DB 53, 140; Düringer-Hachenburg, § 139, 14; Glaser, DB 56, 934; Hueck, S. 275; Lappe, S. 99; Rauch, S. 129; RGRK-HGB, § 139, 22; Schlegelberger-Geßler, § 139, 55; Wichmann, S. 54-56.

28) Gierke, S. 99; Liebisch, ZHR 116, 153 f; Staudinger-Boehmer, § 1922, 162.

29) Hueck, S. 300.

dern jedem berufenen Erben direkt, weil er in seiner Person die Nachfolgeklausel erfüllt [30]. Nicht die Erbengemeinschaft wird Gesellschafterin, noch bedarf es, um dieses gesellschaftsrechtlich unmögliche Ergebnis zu vermeiden, einer Sonderrechts- oder Sondererbfolge, sondern sofort und unmittelbar wächst jedem Erben analog § 1483 BGB ein Gesamthandsanteil in der OHG an. Da die gesamthänderische Nachlaßzuordnung des § 2032 BGB den Gesamthandsanteil in der OHG von vornherein nicht erfaßt, steht sie dem Einzelrechtserwerb der Erben nicht im Wege.

b) Die Beteiligung

Die Beteiligung gehört zum Vermögen des Erblassers und damit auch zum Nachlaß. Sie fällt der Erbengemeinschaft gesamthänderisch (§ 2032 BGB) an [31]. Hier besteht kein Anlaß, von den erbrechtlichen Regeln abzugehen [32]. Bis zur Erbauseinandersetzung steht daher die Beteiligung nur der Erbengemeinschaft, nicht den einzelnen Erben zu [33].

Solange die Erbengemeinschaft ihr Kapital in der OHG beläßt, wird die OHG weiter nicht davon berührt, daß einstweilen - bis zu erbrechtlichen Auseinandersetzung - ein Nichtmitglied, nämlich die Erbengemeinschaft, Inhaberin der Beteiligung ist, einige Mitglieder (die Erben) andererseits nicht im Besitz einer Beteiligung sind [34]. Der vertragliche Zwang, für eine entsprechende Kapitalbeteiligung besorgt zu sein (§ 705 I BGB), wird das Seine zur raschen Klärung unter den Erben tun.

Wie die Beteiligung der Erbengemeinschaft in den Büchern der OHG erscheint, ob weiterhin als Kapitalkonto des verstorbenen Gesellschafters oder als Kapitalkonto der Erbengemeinschaft, ist eine technische Frage, die sich auf die Rechtsverhältnisse zwischen Erben und OHG nicht auswirkt.

---

30) Auch bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft erhält nicht die Gemeinschaft der Abkömmlinge, sondern jeder Abkömmling für sich die Mitgesamthänderstellung.

31) Hueck, S. 300, Fußn. 25. Wohl auch Küster, DNotZ 56, 466 u. 468.

32) Wiesmann, S. 155 f., scheint dem ebenfalls zuzustimmen, wiewohl er diese Frage ausdrücklich offen läßt.

33) Eiselt, AcP 158, 328; Schlicht, NJW 54, 984; Siebert, S. 14; für den Fall der Eintrittsklausel.

34) Wiedemann, S. 170.

c) Der Gewinn

Der auf die Beteiligung entfallende Gewinn fließt der Erbengemeinschaft zu, die ihn unter sich zu verteilen hat (§ 2038 II BGB). Nach Satz 2 ist die Verteilung grundsätzlich bis zur Erbauseinandersetzung aufgeschoben [35]. Ist diese auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen, so kann jeder Miterbe am Schluß jedes Jahres Teilung verlangen. Im übrigen steht es den Erben frei, durch einstimmige [36] Vereinbarung jede beliebige Regelung zu treffen.

d) Haftung

Die Beteiligung bleibt Privatgläubigern des verstorbenen Gesellschafters verhaftet, sie ist Objekt der Nachlaßhaftung.

Darüberhinaus haftet jeder Miterbe als Gesellschafter persönlich und unbeschränkt mit seinem Vermögen für Gesellschaftsschulden (§ 128 HGB), es sei denn, er machte von seinem Wahlrecht nach § 139 I HGB, Kommanditist zu werden, Gebrauch. Tut er dies, so bildet er rechnerische, bei der Erbauseinandersetzung auf ihn fallende "Teil der Einlage des Erblassers" seine Kommanditisteneinlage; andernfalls bildet dieser Teil nach der Auseinandersetzung seine Beteiligung als (persönlich haftender) Gesellschafter.

3. Der alleinnachfolgeberechtigte Miterbe

Als wichtigster Fall der Gesellschafternachfolge gilt, daß aus einer Mehrheit von Erben nur einer zur Nachfolge berufen ist.

a) Der Gesamthandsanteil

Auch hier gehört der Gesamthandsanteil nicht zum Nachlaß und fällt deshalb nicht der Erbengemeinschaft zu. Kraft Nachfolgeklausel und Berufung zum Erben wächst er unmittelbar dem einen Miterben an. Dieser Akt berührt weder den Nachlaß noch die Erbengemeinschaft. Für den Übergang des Gesamthandsanteils bedeutet es keinen Unterschied, ob in der Nachfolgeklausel ein Alleinerbe, die Erbengemeinschaft oder ein einzelner Miterbe benannt ist. Maßgebend ist allein, in wessen Person die Voraussetzungen der Nachfolge - Berufung in der Nachfolge-

35) Der nach Abzug einer Tätigkeitsvergütung auf die Beteiligung entfallende Gewinn läßt sich, ähnlich wie eine Dividende, als Rechtsfrucht i. S. des § 99 II BGB verstehen.

36) Palandt, § 2038, 5.

klausel, Berufung zum Erben, Annahme der Erbschaft - erfüllt sind. Dieser Person wächst analog § 1483 BGB ein Gesamthandsanteil zu, gleich ob sie im übrigen Allein- oder Miterbe ist; nur sie wird Gesellschafter, ein anderer Erbe nicht [37].

b) Die Beteiligung

Die Beteiligung bleibt kraft der Nachfolgeklausel erhalten und wird nicht zum Abschichtungsanspruch aufgelöst, denn der verstorbene Gesellschafter scheidet nicht aus der OHG aus. Als Teil seines Vermögens gehört sie zum Nachlaß und wird Gesamthandsgut aller Miterben (§ 2032 BGB), auch der nicht zur Nachfolge berufenen [38]. Weder der Gesellschaftsvertrag noch speziell die Nachfolgeklausel haben den Charakter einer Verfügung von Todes wegen; auch berührt die Nachfolgeklausel nicht die Nachlaßzugehörigkeit der Beteiligung [39]. Daher gilt für die Beteiligung hier allein die gesetzliche erbrechtliche Regelung. Diese berechtigt alle Miterben nach ihrer Stellung gleich. Bezüglich der Beteiligung als einem Stück des Nachlasses besteht darum kein Unterschied, ob ein Miterbe zur Nachfolge berufen ist oder nicht. Die Beteiligung setzt nicht voraus noch bewirkt sie, daß einer von ihnen Gesellschafter wird [40]. Gesellschafter werden kann nur, wer in der Nachfolgeklausel berufen ist, nicht schon, wer als Mitglied der Erbengemeinschaft an der Beteiligung mitberechtigt ist [41].

Bis zur Auseinandersetzung besteht für die einzelnen Erben ein Anteil an der Beteiligung nur rein rechnerisch. Weder der Nachfolger noch die ausgeschlossenen Miterben erhalten schon vorher, mit dem Erbfall, einen abgemessenen Teil der Beteiligung. Auch der Nachfolger ist insoweit nicht besser berechtigt als seine Mit-Erben. Erst mit der Erbauseinandersetzung erhält er eine eigene Beteiligung [42].

---

37) Soweit besteht im Ergebnis Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre.

38) Eiselt, AcP 158, 328; Schlicht, NJW 54, 985. Wiedemann, S. 210, spricht hier von Wertgemeinschaft.

39) Oben, § 9 II 2.

40) Oben, § 4 I 1.

41) Hueck, S. 288 Fußn. 14. Wiedemann, S. 210: Der Erbengemeinschaft und den übrigen Erben ist die Ausübung von Gesellschafterrechten untersagt.

42) Die Rechtslage ist hier gleich wie bei einer Nachfolge aller Miterben, vgl. oben, 2 b.

c) Der Gewinn

Der Gewinn als Frucht der Beteiligung fließt bis zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu. Die einzelnen Erben, auch der nachfolgeberechtigte, haben zunächst keinen Anspruch gegen die OHG auf einen eigenen Gewinnanteil entsprechend ihrer Erbquote. Für die Gewinnverteilung gilt insoweit dasselbe wie bei der Erbengemeinschaft, in der alle zur Nachfolge berufen sind [43].

Eine angemessene Regelung unter den Miterben hat zu berücksichtigen, daß den Gesellschafternachfolger durch Mitarbeit und persönliche Haftung eine erhebliche Belastung trifft, von der die ausgeschlossenen Miterben völlig frei bleiben. Darauf soll im Rahmen der Ausgleichspflicht ausführlicher eingegangen werden [44].

d) Haftung

Alle Miterben haften für die Nachlaßschulden. Die Beteiligung ist Objekt der Nachlaßhaftung.

Die unbeschränkte Haftung für Gesellschaftsschulden nach § 128 HGB trifft allein den Gesellschafter gewordenen Miterben.

4. Nachfolge eines Miterben mit der vollen Beteiligung

Die Nachfolgeklausel wird oft so gefaßt, daß der alleinberufene Gesellschaftererbe, sei es mit oder ohne Ausgleichspflicht gegenüber den anderen Erben, die volle Beteiligung erhalten soll, während Ansprüche der übrigen Erben gegen die OHG ausgeschlossen werden (beschränkte Nachfolgeklausel) [45].

a) Diese gesellschaftsvertragliche Regelung hat für sich keine erbrechtliche Kraft [46]. Der Gesellschaftsvertrag kann nicht bestimmen, wer Erbe wird, noch was und wieviel ein Erbe erhält. Er ersetzt nicht eine korrespondierende Verfügung von Todes wegen, die eine gesellschaftsvertragliche Klausel auch erbrecht-

---

43) Oben, 2 c.

44) Unten, § 13 II.

45) Oben, § 9 IV 2. Bedenken bei Eiselt, AcP 158, 333.

46) Anders Hueck, S. 301: Um die Erben von jeder Abfindung auszuschließen, braucht es keine Verfügung von Todes wegen, da alle Gesellschafter bereits im Gesellschaftsvertrag auch für ihre Erben bindend verfügt haben.

lich durchsetzt [47]. Bei gesetzlicher Erbfolge, die keinen Miterben vermögensmäßig bevorzugt oder benachteiligt, kann sich eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag nicht durchsetzen. Die volle Beteiligung fällt gemäß § 2032 notwendig der Erbengemeinschaft zu [48].

b) Dem Sinn der beschränkten Nachfolgeklausel wird diese Lösung dann nicht gerecht, wenn es der erklärte Willen aller Gesellschafter war, daß einem verstorbenen Gesellschafter unter seinen Erben nur einer, dem auch zum Nachteil seiner Mit-Erben die ganze Beteiligung zufallen soll, nachfolge. Doch bei gesetzlicher Erbfolge läßt sich diese Nachfolgeklausel nicht verwirklichen. Nur die gewillkürte Erbeinsetzung kann eine Ungleichbehandlung der Erben schaffen [49]. Und selbst die Verfügung von Todes wegen entzieht noch nicht die Beteiligung der Erbengemeinschaft, da es keine dingliche Zuweisung eines Nachlaßobjekts an einzelne Erben gibt [50].

Hier liegt der weiteste Unterschied zur Theorie der Sondererbfolge. Denn Siebert schlägt in seiner Lösung vor [51], auch bei gesetzlicher Erbfolge dem gesellschaftsvertraglich bevorzugten Miterben die ganze Mitgliedschaft, also die volle Beteiligung, unmittelbar zufallen zu lassen [52].

---

47) Eiselt, AcP 158, 333; Schlegelberger-Geßler, § 139, 25 b; Wiedemann, S. 220. -
Rauch, S. 46 f, hält es dagegen für möglich, in der Nachfolgeklausel selbst unter bestimmten Umständen eine Verfügung von Todes wegen zu sehen, die eine Erbeinsetzung in Bezug auf die Mitgliedschaft enthalte. - Lange, S. 52 und 342, vertritt einen Übergang des Gesellschaftsanteils auf einen oder mehrere Erben kraft Gesellschaftsvertrags.

48) Wiedemann, S. 193.

49) Eiselt, AcP 158, 319; Knöchlein, DNotZ 60, 458, Fußn. 26; Schlegelberger-Geßler, § 139, 25 b.

50) Kipp-Coing, S. 250; Wiedemann, S. 194.

51) Siebert, S. 24.

52) Für den Fall der Eintrittsklausel allerdings fordert auch Siebert ausdrücklich eine Verfügung von Todes wegen (S. 14). "Der Erblasser muß, um diese Eintrittsmöglichkeit des Berechtigten auch von der kapitalmäßigen Seite zu sichern, entsprechende Auseinandersetzungsvorschriften in einer Verfügung von Todes wegen treffen".

II. Nachfolgeklausel und gewillkürte Erbfolge

1. Der Gesamthandsanteil

Durch Verfügung von Todes wegen kann der Gesellschafter nur in beschränktem Maß über den Gesamthandsanteil verfügen. Er hat lediglich die Wahl, ob er von der Ermächtigung in der Nachfolgeklausel Gebrauch machen will oder nicht [53]. Den in der Klausel Berufenen kann er von der Erbfolge ausschließen, dann entfällt auch dessen Nachfolge. Einen anderen als in der Nachfolgeklausel Benannten kann er dagegen nicht durch letztwillige Verfügung zum Nachfolger bestimmen.

Der Übergang des Gesamthandsanteils auf den Nachfolger vollzieht sich bei einer gewillkürten Erbfolge im übrigen gleich wie bei gesetzlicher Erbfolge, nämlich analog § 1483 BGB durch Berufung zum Nachfolger, Berufung zum Erben und Annahme der Erbschaft.

2. Die Beteiligung

a) Über die Beteiligung kann der Gesellschafter frei verfügen. Er bedarf dazu keiner Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag [54]. Durch Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) oder Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) kann er sie einzelnen Erben oder einem Erben allein zuweisen. Er kann über sie auch entgegen dem Gesellschaftsvertrag verfügen. Dem kann allerdings der Gesellschaftsvertrag mit zulässigen Sanktionen begegnen, die die Beteiligung den übrigen Gesellschaftern zufallen lassen, falls ein Gesellschafter in seinem Testament nicht entsprechend dem Gesellschaftsvertrag über sie verfügt hat [55].

Maßgebend für die Zuweisung der Beteiligung ist die Verfügung von Todes wegen, nicht der Gesellschaftsvertrag; dieser hat keine erbrechtliche Kraft. Decken sich beide nicht, dann geht die letztwillige Verfügung vor, ungehindert durch den Gesellschaftsvertrag, gefährdet durch eine Sanktion.

---

53) Wiedemann, S. 179: Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings Abschichtungsansprüche für den Fall ausschließen, daß der Gesellschafter keinen Nachfolger benennt (Vertragsstrafe).

54) Oben, § 7 I 1.

55) Wiedemann, S. 179.

b) Um bei mehreren Erben die Nachfolge eines von ihnen mit der ganzen Beteiligung ("Vollnachfolge") zu erreichen, ist stets eine dahingehende Verfügung von Todes wegen erforderlich [56]. Der Gesellschafter hat dazu die Beteiligung durch Teilungsanordnung oder Vermächtnis dem zum Nachfolger ausgewählten Miterben zuzuweisen. Damit sind die ausgeschlossenen Miterben verpflichtet, die zunächst der Erbengemeinschaft insgesamt angefallene Beteiligung dem Nachfolger allein einzuräumen [57].

III. Zusammenfassung

Der Übergang der beiden Teile der Mitgliedschaft, Gesamthandsanteil und Beteiligung, vollzieht sich nicht nach denselben Regeln. Der Gesamthandsanteil geht auf die berufenen Erben über nicht kraft Vertrags unter Lebenden und nicht im Weg der Erbfolge, sondern in Analogie zur fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1483 BGB) durch Berufung zum Nachfolger in der Nachfolgeklausel, durch Berufung zum Erben und durch Annahme der Erbschaft. Sind alle drei Voraussetzungen erfüllt, dann vollzieht sich die Nachfolge mit dem Tod eines Gesellschafters automatisch.

Der Gesamthandsanteil gehört nicht zum Nachlaß. Eine letztwillige Verfügung über ihn ist nur entsprechend den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags möglich.

Die Beteiligung folgt als Teil des Nachlasses den allgemeinen Regeln des Erbrechts. Für sie gilt erbrechtlich keine Besonderheit.

---

56) Oben, I 4 a.

57) Unten, § 14 II 2a, b.

6. KAPITEL

DER AUSGLEICH UNTER MITERBEN

Der Gedanke, der unter mehreren Erben allein nachfolgeberechtigte erhalten zuviel, er sei deshalb gegenüber den Miterben zum Ausgleich verpflichtet, nimmt im Schrifttum bei der Darstellung der Gesellschafternachfolge breiten Raum ein [1]. Auch der BGH hat sich bemüht, mit Hilfe von Treu und Glauben einen Ausgleichsanspruch gegen den bevorzugten Gesellschaftererben zu konstruieren [2].

Die Ausgleichsgedanken wurzeln in der Vorstellung einer Gesellschafternachfolge kraft Sonderrechts- oder Sondererbfolge, die dem einen Erben mehr gewähren, als ihm nach seiner Erbquote zustände. Um die Ausgleichsverpflichtung würdigen zu können, ist zunächst festzuhalten, wie sich die Mitgliedschaft auf mehrere Erben verteilt. Danach läßt sich beurteilen, welche Ausgleichsansprüche von Miterben oder Pflichtteilsberechtigten entstehen können.

§ 13
DIE VERTEILUNG DER MITGLIEDSCHAFT AUF MEHRERE ERBEN

I. Gesamthandsanteil und Beteiligung

1. Der Erwerb beim Erbfall

Mit dem Tod eines Gesellschafters erwirbt sein Alleinnachfolger vor den übrigen Erben nur den Gesamthandsanteil. Mehr nicht. In Gemeinschaft mit den übrigen Erben erhält er die Beteiligung. Dies gilt bei gesetzlicher wie bei gewillkürter Erbfolge. Als Teil des Nachlasses wird die Beteiligung stets zunächst Gesamt-

---

1) Eine Ausgleichspflicht bejahen: Eiselt, AcP 158, 319; Hueck, DNotZ 52, 554 und JZ 57, 222; Kaufmann, JZ 59, 522; Kipp-Coing, S. 402; Liebisch, ZHR 116, 150; Petersen, JZ 60, 212; Reinicke, NJW 57, 563; Schlegelberger-Geßler, § 139, 25 a; Siebert, S. 24 und 43 sowie BB 56, 838; Wiedemann, S. 211.
Die Ausgleichspflicht bezweifeln: Hellmuth, S. 68; Tiedau, MDR 57, 642; Wichmann, S. 44; Zunft NJW 57, 1129. Verneinend RGRK-HGB, § 139, 12.

2) BGH 22, 196.

handsgut der Erbengemeinschaft. Hat nicht der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen etwas anderes bestimmt, dann ist jeder Miterbe als Gesamthänder an der Beteiligung in gleicher Weise berechtigt wie am übrigen Nachlaß. Eine abweichende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ist ohne Belang [1].

Ob schließlich der Gesellschafternachfolger die Beteiligung allein erhält oder ob jeder Miterbe einen Teil an ihr hat, ist eine Frage der Auseinandersetzung, also Sache der Erben. Bei der Nachlaßverteilung ist dabei vom vollen Wert der Beteiligung auszugehen, nicht vom Abfindungswert, denn mit dem Vollwert wird sie beim Tod des Gesellschafters Teil des Nachlasses, und diesen Wert erhält der Nachfolger, wenn er die Mitgliedschaft mit der Beteiligung fortführt [2].

2. Stille Gesellschaft oder Unterbeteiligung

a) Gesellschafter werden die Inhaber von Teilen der Beteiligung, die nicht auch in der Nachfolgeklausel berufen sind, nicht. Beschließen die Erben, die Beteiligung unter sich aufzuteilen, so können die von der Nachfolge ausgeschlossenen Erben nur versuchen, (atypische) Stille Gesellschafter der OHG zu werden [3]. Verwehrt ihnen dies der Gesellschaftsvertrag, so bleibt ihnen die interne Unterbeteiligung an der Beteiligung des Nachfolgers; sie kann der Gesellschaftsvertrag nicht ausschließen [4].

Rechtsbeziehungen zwischen unterbeteiligten Erben und der OHG entstehen nicht [5]. Die Aufteilung der Beteiligung schafft Rechtsfolgen nur für die Miterben untereinander. Für die OHG ist als Inhaber allein der Hauptbeteiligte legi-

---

1) Oben, § 12 II 2 a.

2) Wiedemann, S. 214 und 218, schlägt dagegen vor, allein das potentielle Abfindungsguthaben zur Bewertungsgrundlage zu machen, da nur dieser Wert dem Nachfolger zunächst zustehe (?); dazu sei vielleicht ein prozentualer Zuschlag zu machen. Sein Vorschlag ist weder überzeugend noch praktikabel.

3) Sommer, S. 26: Der Gesellschaftsvertrag wird durch die Errichtung einer Stillen Gesellschaft zwischen OHG und Erben nicht verändert. Ebenso Düringer-Hachenburg, § 126, 3.

4) Wiedemann, S. 220. Wiedemann will durch Ausschluß der Erbauseinandersetzung (§ 2044 BGB) die Unterbeteiligung der durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossenen Miterben an Gewinn und Substanz sichern.

5) Schlegelberger-Geßler, § 109, 21; Sommer, S. 28.

timiert. Nur für ihn wird ein Kapitalkonto geführt, nur er kann die Interessen der Beteiligung gegenüber der OHG wahrnehmen, teils aus eigenem Recht, teils als Treuhänder der Mit-Erben. Diese dagegen haben keinerlei Stimmrecht, Verwaltungsrecht oder Kündigungsrecht in der OHG, ebenso nicht die Auskunfts- und Einsichtsrechte eines Gesellschafters [6].

b) In beiden Fällen - Stille Beteiligung in der OHG oder Unterbeteiligung an der Beteiligung des Nachfolgers - beeinflußt die Entwicklung der Gesellschaft den Wert der Beteiligung und damit die Bruchteile jedes Erben in gleicher Weise. Kommt es schließlich zur Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft, so ist jeder Miterbe nach seinem Teil am Liquidationsüberschuß berechtigt, gleich ob sich sein Anspruch gegen die OHG richtet - als Stiller Gesellschafter, oder gegen den Gesellschafternachfolger - bei Unterbeteiligung an dessen Beteiligung.

3. Wirkung der Abfindungsklauseln

a) Für jeden Miterben gelten die Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag. Ist er (atypischer) Stiller Gesellschafter der OHG geworden und will er sein Kapital aus der Gesellschaft herausziehen, dann erhält er nicht mehr als den anteiligen Abfindungsanspruch [7].

b) Die Abfindungsklauseln beeinflussen jedoch nicht das Verhältnis zwischen Gesellschafternachfolger und seinen Mit-Erben. Eine Unterbeteiligung an seiner Beteiligung muß er grundsätzlich voll auszahlen, da es sich hier um einen Akt der Nachlaßverteilung handelt und dem Nachfolger der volle Gegenwert zugutekommt. Seine Hauptbeteiligung in der OHG bleibt hiervon unberührt. Sie wird nicht, auch nicht zum entsprechenden Teil, aufgelöst, wenn sich ein Miterbe seine Quote an der Beteiligung bei der Erbauseinandersetzung oder später auszahlen läßt.

---

6) Dazu Esch, NJW 64, 904; Hueck, DNotZ 52, 553; Merkel, NJW 66, 1553; Schlegelberger-Geßler, § 335, 9.

7) Beispielsweise vom Buchwert der Beteiligung einen Bruchteil entsprechend seiner Erbquote.

4. Dispositionsfreiheit der Erben

Soweit der Erblasser keine Teilungsanordnungen getroffen hat, unterliegt die Nachlaßverteilung letzten Endes der freien Disposition der Erben. Dies gilt auch für die Beteiligung, die in jedem Fall zunächst der Erbengemeinschaft zufällt. Erst die Auseinandersetzung überträgt Beteiligung und Unterbeteiligungen von der Erbengemeinschaft auf die einzelnen Erben. Die Erben haben es in der Hand, dabei auch die allmähliche Ablösung einer Unterbeteiligung durch den Gesellschafternachfolger zu regeln.

II. Die Gewinnverteilung

1. Allgemeines

Die Verteilung des Gewinns bei der OHG ist in § 121 HGB dispositiv geregelt. In der Praxis ist der gesetzliche Modus - vom Jahresgewinn gebührt zunächst jedem Gesellschafter ein Anteil von 4 % seines Kapitalanteils, der Restgewinn wird nach Köpfen verteilt - selten [8].

Die vertraglichen Vereinbarungen [9] folgen einem anderen Schema. Dabei enthält die Gewinnverteilung meist zwei Elemente: eine Vergütung und eine Verzinsung. Vergütet wird den geschäftsführenden und mitarbeitenden Gesellschaftern ihre Tätigkeit. Vergütet wird ihnen auch das Risiko, das sie als Unternehmer tragen, die Spannung und die Verantwortung, die nicht nach Arbeitsstunden wägbar sind. Hierfür erhalten sie einen Gewinnvoraus, der nicht als Verzinsung ihres Kapitals anzusehen ist [10]. Der Restgewinn wird nicht nach Köpfen, sondern nach dem Verhältnis der Kapitalkonten [11] (Beteiligungen) verteilt. Er entspricht einer Verzinsung des der OHG überlassenen Kapitals.

---

8) Eigene Beobachtung, zumal bei zahlreichen Betriebsprüfungen. Alle vorgelegten Gesellschaftsverträge enthielten abweichende Gewinnvereinbarungen.

9) Beispiele abweichender Gestaltung bei Schlegelberger-Geßler, § 121, 10. Ausführlicher Hueck, S. 176 - 178.

10) Baumbach-Duden, § 121, 1 D ("Tantiemen"). Hueck, S. 177.

11) Schlegelberger-Geßler, § 121, 10.

2. Gestaltung durch die Erben

Die Gewinnverteilung kann bei der Erbengemeinschaft naturgemäß leichter Anlaß des Zwistes sein. Dies umso mehr, als die Erben bei jeder Regelung weitgehend auf sich selbst gestellt sind. Der Gesellschaftsvertrag kann nur bestimmen, welcher Gewinnanteil insgesamt auf die Beteiligung entfällt und welchen Gewinnvoraus die in der OHG tätig mitarbeitenden Gesellschafter erhalten. Die Gewinnverteilung unter die einzelnen Erben dagegen richtet sich nach dem Erbrecht [12].

a) Das bedeutet: Solange die Erben sich bezüglich der Beteiligung noch nicht auseinandergesetzt haben, fließt der Gewinnanteil des verstorbenen Gesellschafters (ohne Gewinnvoraus) der Erbengemeinschaft zu. An ihm ist jeder Erbe entsprechend seiner Erbquote beteiligt (§§ 2038 II, 743 I BGB). Bis zu einer Auseinandersetzung verteilt sich der Gewinn als Verzinsung des in der OHG festgelegten Kapitals anteilig auf die einzelnen Erben [13].

Mehr als seinen Quotenanteil kann auch der Nachfolger zunächst nicht erhalten. In keinem Fall ist er von vornherein allein gewinnberechtigt, auch wenn allein er Gesellschafter wurde. Denn bei gesetzlicher wie bei gewillkürter Erbfolge steht der Gewinn stets zunächst der Erbengemeinschaft zu.

Ein Vermächtnis zugunsten des Nachfolgers kann ihm gegen die übrigen Erben den gesamten Gewinn zusprechen, erspart aber nicht die diesbezügliche Auseinandersetzung [14]. Ohne ein Vermächtnis gilt keine Bevorzugung unter den Erben [15]. Ob sie sich über den Gewinn gütlich einigen, hängt von ihrem guten Willen ab. Der Gesellschaftsvertrag kann nichts dazu tun.

b) Vom Gewinnanteil ist der Gewinnvoraus zu unterscheiden. Während jener als Frucht des Nachlasses erbrechtlichen Regeln folgt, befindet über diesen allein der Gesellschaftsvertrag. Der Gewinnvoraus knüpft nicht an die Beteiligung an,

---

12) Dies folgt aus dem Grundsatz, daß der Gesellschaftsvertrag allein die inneren Verhältnisse der Erbengemeinschaft nicht regeln kann, vgl. oben, § 12 I 4 a.

13) Vgl. Hueck, S. 178.

14) Es ist wie bei der Beteiligung (oben, § 13 I 1): Was zum Nachlaß gehört oder aus dem Nachlaß fließt, fällt stets zunächst der Erbengemeinschaft zu. Ein Vorwegerwerb durch einen Miterben findet nicht statt.

15) Dazu unten, § 14 II 2 b.

sondern an Tätigkeit und Haftung des Gesellschafters. Er ist von der Höhe der Beteiligung unabhängig, da er gerade nicht als Verzinsung eingesetzten Kapitals anzusehen ist. Auch einem Gesellschafter ohne Beteiligung kann ein Gewinnvoraus gewährt werden, als Entgelt für seinen Einsatz im übrigen.

Der Gewinnvoraus, der vom erwirtschafteten Gewinn vorweg abgezogen wird, steht in keiner Beziehung zum Nachlaß. Er gebührt allein dem Nachfolger, und zwar als Gesellschafter, nicht als Erben; die anderen Erben haben auf Grund ihres Erbrechts keinen Teil an ihm. Der Nachfolger, der für die OHG mehr leistet als die anderen Erben, erhält dafür den Voraus. Die Erbengemeinschaft im übrigen, die sich bis zur Erbauseinandersetzung nur kapitalmäßig in der OHG engagiert hat, kann nur eine entsprechende Kapitalverzinsung beanspruchen [16]. Ein ausgewogenes Verhältnis von Gewinnvoraus und Gewinnanteil vorausgesetzt, wird diese Gewinnaufteilung allen Erben gerecht. Dabei bietet sich in erster Linie für Gewinnvoraus und Restgewinn die Regelung an, die schon für den verstorbenen Gesellschafter galt.

§ 14
DIE AUSGLEICHSPFLICHT DES GESELLSCHAFTERNACHFOLGERS

Ein Ausgleichsanspruch setzt begrifflich voraus, daß von gleich berechtigten Erben nicht alle gleich behandelt werden. Die allein einem Miterben gewährte Gesellschafternachfolge begünstigt ihn nur dann vor den übrigen Erben, wenn sie ihn zugleich vermögensmäßig bevorzugt [1].

---

16) Dem entspricht auch die steuerliche Behandlung: Nach BFH BStBl 1964 III 61 können die rein kapitalistisch Beteiligten einen angemessenen Gewinn nur in Höhe einer Verzinsung ihrer Einlage erhalten. Darüberhinaus wird der Gewinn allein dem Unternehmer (das ist hier der Nachfolger) zugerechnet.

1) Hueck, S. 302, Fußn. 36.

I. Ausgleichsansprüche bei gesetzlicher Erbfolge

1. Keine Bevorzugung durch den Erwerb des Gesamthandsanteils

Daß nur einer von mehreren Miterben Gesellschafter wird, bedeutet zunächst nicht mehr als, er erhält als einziger einen Gesamthandsanteil in der OHG. Dieser Gesamthandsanteil hat für sich keinen Vermögenswert [2]. Er gewährt dem Gesellschafternachfolger das Recht, in der OHG mitzubestimmen und sie mitzuverwalten, bürdet ihm aber andererseits die unbeschränkte Haftung eines Gesellschafters auf. Er ist weder ausgleichsfähig noch ausgleichsbedürftig.

2. Die Beteiligung

a) Bei gesetzlicher Erbfolge erhält jeder Erbe soviel, wie ihm zusteht, keiner zuviel. Dies gilt auch für die gesellschaftsrechtliche Seite, denn der Erwerb der Beteiligung richtet sich nach Erbrecht. Mehreren Erben fällt die Beteiligung daher stets gemeinschaftlich an [3]. Die Verteilung der Beteiligung auf einen oder mehrere Erben erfolgt erst bei der Erbenauseinandersetzung. Eine Bevorzugung des Gesellschafternachfolgers durch den Erblasser oder den Gesellschaftsvertrag findet nicht statt [4]. Ausgleichsansprüche können daher mit dem Erbfall nicht entstehen.

Eine Ausgleichsverpflichtung kann erst durch die Auseinandersetzung entstehen, wenn der übrige Nachlaß neben der Beteiligung die ausgeschlossenen Miterben nicht voll befriedigt. Sie interessiert hier nicht.

b) Unberührt bleibt eine Ausgleichspflicht durch lebzeitige Zuwendungen nach § 2050 BGB. Soweit ein Abkömmling eine Beteiligung oder Mitbeteiligung zu Lebzeiten des Gesellschafters als "Ausstattung" zur Begründung einer selbständigen Lebensstellung (§ 1624 I BGB) erhalten hat, muß er sie mit den übrigen ausgleichen, falls nicht der Erblasser bei der Zuwendung es anders bestimmt hat (§ 2050 I BGB).

---

2) Vgl. RG JW 27, 1201: Die bloße Einräumung des Rechts, in ein Handelsgeschäft einzutreten, bedeutet keine Zuwendung.

3) Oben, § 13 I 1.

4) Anders vor allem Siebert, S. 24, der mit der Sondererbfolge, gerade auch bei gesetzlicher Erbfolge, eine starke Bevorzugung des alleinnachfolgeberechtigten Miterben schafft. Diese muß Siebert mit einer "Wertanrechnungspflicht" bei der Auseinandersetzung wieder ausgleichen.

Im übrigen hat ein Abkömmling lebzeitige Zuwendungen nur dann auszugleichen, wenn der Erblasser dies bei der Zuwendung angeordnet hatte (§ 2050 III BGB).

Diese Regelung ist im Zusammenhang mit der Gesellschafternachfolge ohne sonderliche Bedeutung. Sie statuiert jedenfalls nicht eine Ausgleichspflicht, die durch die Vererbung der Beteiligung entstehen könnte, da solche lebzeitigen Zuwendungen niemals zum Nachlaß gehören [5].

II. Ausgleichsansprüche bei Verfügungen von Todes wegen

1. Der Gesamthandsanteil

Für den Gesamthandsanteil gilt nichts anderes als bei gesetzlicher Erbfolge. Sein Erwerb begründet keine Ausgleichspflicht.

2. Die Beteiligung

Die Beteiligung unterliegt Verfügungen von Todes wegen. Durch Teilungsanordnung, Vermächtnis oder Vorausvermächtnis kann der Erblasser sie obligatorisch einem bestimmten Miterben zuweisen [6].

a) Die Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) begünstigt einen Miterben nicht [7]. Sie wirkt nicht dinglich, sondern verpflichtet die Miterben, bei der Erbteilung den zugewiesenen Nachlaßgegenstand, hier die Beteiligung, dem benannten Erben zu überlassen [8]. Diesem wird der Wert des Gegenstands auf sein Erbteil angerechnet. Bei der Beteiligung gilt dies für ihren vollen Wert. Hier ist der Gesellschafternachfolger, der durch den Vollzug einer letztwilligen Verfugung die Beteiligung erhält, gegenüber den anderen Erben zum Wertausgleich verpflichtet.

---

5) Zunft, NJW 57, 1132.
6) Dazu Parr, S. 100.
7) BGH 36, 118; Mattern, DNotZ 63, 461; Natter, JZ 59, 151.
8) Kipp-Coing, S. 203; Lange, S. 320.

b) Soll der Gesellschafternachfolger gegenüber den anderen Erben einen Vermögensvorteil erhalten, etwa die Beteiligung ohne Anrechnung auf sein Erbteil oder auf Grund eines Übernahmerechts [9] zum Buchwert bekommen, so ist ein entsprechendes Vermächtnis erforderlich (§ 1939 BGB). Mit einem Vermächtnis kann auch ein Erbe bedacht werden. Dies bedeutet für ihn eine Zuwendung über seine Erbquote hinaus [10]. Sie kann in einer Beschwerung lediglich der übrigen Erben geschehen (gewöhnliches Vermächtnis, § 2147 BGB) oder in einer Belastung des Nachlasses insgesamt (Vorausvermächtnis, § 2150 BGB). In beiden Fällen erhält der Nachfolger bei der Erbverteilung die Beteiligung. Eine Ausgleichspflicht ist dabei begrifflich ausgeschlossen, da der Vermögensvorteil zum Wesen des Vermächtnisses gehört. Der Erblasser kann durch Vermächtnis zugunsten eines Erben diesem selbst die volle Beteiligung zuwenden und so die anderen Erben von diesem Teil seines Vermögens ausschließen, ohne daß sie dafür Ausgleichsansprüche erhielten.

III. Zusammenfassung

Ausgleichsansprüche unter Miterben wegen der Gesellschafternachfolge eines von ihnen sind nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Die Nachfolge allein schafft keine Ausgleichslage. Erst der Erwerb der Beteiligung kann dem nachfolgeberechtigten Miterben einen Vermögensvorteil bringen. Doch weder bei gesetzlicher noch bei gewillkürter Erbfolge erhält ein Miterbe die Beteiligung unmittelbar vom Erblasser, da sie stets zunächst ungeteilt der Erbengemeinschaft anfällt. Mit dem Erbfall können daher Ausgleichsansprüche nicht entstehen. Erst die spätere Auseinandersetzung bewirkt eine Ausgleichspflicht des Gesellschafternachfolgers, soweit er nach dem Willen des Erblassers die Beteiligung ohne Vermögensvorteil erhalten soll.

---

9) BGH 36, 117.

10) RGRK-BGB, § 2150, 4.

§ 15
GESELLSCHAFTERNACHFOLGE UND PFLICHTTEIL

I. Der Pflichtteilsanspruch

Die Grenze der Verfügungsfreiheit des Gesellschafters, als Erblasser über die Beteiligung zu verfügen, bildet das Pflichtteilsrecht seiner nahen Angehörigen. Deren Pflichtteil, die Hälfte des Werts ihres gesetzlichen Erbteils (§ 2303 I 2 BGB), kann er nicht schmälern [1]. Soviel zumindest soll jeder Pflichtteilsberechtigte als "Mindestportion" [2] aus dem Nachlaß erhalten.

1. Voraussetzungen, Wesen des Pflichtteilsanspruchs

a) Der Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen umfaßt nach § 2303 BGB Abkömmlinge, Eltern und Ehegatten des Erblassers. Diese nahen Angehörigen haben auf Grund ihres gesetzlichen Erbrechts [3] das Recht auf eine gewisse Teilhabe am Vermögen des Erblassers.

b) Das Pflichtteilsrecht konkretisiert sich zum Pflichtteilsanspruch [4] nur dann, wenn der Berechtigte durch Verfügung von Todes wegen enterbt oder ungenügend bedacht oder zugleich belastet wurde [5].

Ist dem Berechtigten weniger als sein Pflichtteil hinterlassen, so kann er gemäß § 2305 BGB zur Ergänzung den sogenannten Zusatzpflichtteil verlangen [6].

Eine Teilungsanordnung oder ein Vermächtnis ist nur wirksam, wenn dem Pflichtteilsberechtigten mehr als sein halber gesetzliches Erbteil hinterlassen wurde (§ 2306 I 1 BGB).

Auch dann, wenn das Hinterlassene den halben gesetzlichen Erbteil übersteigt, der Pflichtteilsberechtigte jedoch durch eine Teilungsanordnung oder ein Ver-

---

1) Unberührt bleibt das Recht auf Entziehung des Pflichtteils wegen Verfehlungen gegen den Erblasser gemäß §§ 2333 ff BGB.
2) Rittner, FamRZ 1961, 509.
3) Kipp-Coing, S. 40.
4) Zum Begriff siehe BGH 28, 177.
5) Kipp-Coing, S. 40, 48; Lange, S. 430.
6) Kipp-Coing, S. 48.

mächtnis beschwert ist, kann er stets den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen (§ 2306 I 2 BGB) [7].

c) Der konkrete Pflichtteilsanspruch entsteht mit dem Erbfall (§ 2317 I BGB), also mit dem Tod des Erblassers. Er ist eine Geldforderung gegen die vom Erblasser eingesetzten Erben [8]. Der Anspruch bezieht sich auf den reinen Nachlaß. Er steht im Rang daher hinter sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten [9] und hinter der Forderung auf Zugewinnausgleich gemäß § 1371 II und III BGB [10]. Dagegen geht er Vermächtnissen und Auflagen vor [11].

2. Berechnung des Pflichtteilsanspruchs

a) Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils. Seiner Berechnung wird der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrundegelegt (§ 2311 I 1 BGB). Dabei gilt grundsätzlich der Verkehrswert der einzelnen Nachlaßgegenstände [12].

b) Zum Nachlaß gehört auch die Beteiligung. Ihr Wert ist dem sonstigen Nachlaß zuzurechnen. Auch bei ihr ist von dem vollen Wert, nicht vom Buchwert oder einem anderen Scheinwert auszugehen [13], denn am vollen Wert hätte der Pflichtteilsberechtigte als Miterbe teilgehabt [14]. Eine vom Gesellschafter getroffene Wertbestimmung, wie die Beteiligung dem Nachfolger anzurechnen sei, ist nicht maßgebend (§ 2311 II 2 BGB) [15].

---

7) Einzelheiten zu Erbteil, Pflichtteil und Pflichtteilsansprüche siehe Kipp-Coing, S. 48-53; Lange, S. 433-437.

8) Kipp-Coing, S. 38.

9) Kipp-Coing, S. 46.

10) Die Forderung auf Zugewinnausgleich ist gewöhnliche Nachlaßverbindlichkeit (Erblasserschuld gemäß § 1967 II BGB). Dazu ausführlich Reinicke, DB 60, 1269.

11) Kipp-Coing, S. 47.

12) Kipp-Coing, S. 42. Lange, S. 446. Einzige Ausnahme: Ein Landgut (§ 2312 BGB).

13) Lange, S. 444.

14) Oben, § 12 I 2 b.

15) Kipp-Coing, S. 43: Der Erblasser soll die Höhe des Pflichtteils nicht willkürlich beeinflussen können.

3. Pflichtteil und Beteiligung

a) Die Pflichtteilsberechtigten können vom Gesellschafter nicht daran gehindert werden, nach seinem Tod den Pflichtteil zu verlangen, wenn ein Miterbe mit der vollen Beteiligung sein Nachfolger werden soll. Er kann sie enterben (§ 2303 BGB) oder sie sogar mit ihrem vollen gesetzlichen Erbteil bedenken - stets beschwert sie zumindest die Zuweisung der Beteiligung an den Nachfolger durch Teilungsanordnung oder Vermächtnis [16], und sie können daher auch im letzteren Fall statt des Erbteils den Pflichtteils fordern (§ 2306 I 2 BGB) [17]. Dies sollte sich der Gesellschafter beim Abfassen seines Testaments vor Augen halten. Gelingt es ihm nicht, die ausgeschlossenen Miterben mit dem ihnen Hinterlassenen zufriedenzustellen, dann kann die Nachfolge gefährdet sein, da der Pflichtteilsanspruch sogleich fällig ist. Soweit ihn der Nachfolger nicht aus sonstigen Mitteln erfüllen kann, ist er gezwungen, die Beteiligung aufzulösen, um daraus die Pflichtteilsberechtigten zu befriedigen. Das bedeutet regelmäßig das Ausscheiden des Gesellschafternachfolgers aus der OHG.

b) Ohne die Beteiligung anzutasten, kann der Nachfolger alle Pflichtteilsansprüche nur dann aus dem Nachlaß befriedigen, wenn der Wert des übrigen Nachlasses entsprechend hoch ist. Im anderen Fall, und wenn der Nachfolger auch über kein sonstiges Vermögen zum Ausgleich von Pflichtteilsansprüchen verfügt, müssen die Pflichtteilsberechtigten notwendig auch an der Beteiligung in irgendeiner Form teilhaben.

Um hier die Auflösung der Beteiligung zu vermeiden, ist es wichtig, die ausgeschlossenen Miterben mit ihrem Erbteil zufriedenzustellen. Dazu empfiehlt es sich, ihnen im Testament Unterbeteiligungen an der Beteiligung des Nachfolgers

---

16) Oben, § 12 II 2 b.

17) Eine bisher übersehene Konsequenz der Sondererbfolge ist, daß sie hier einen wesentlichen Punkt des Pflichtteilsrechts übergeht. Ein Pflichtteilsanspruch kann nur bei gewillkürter Erbfolge, niemals bei gesetzlicher Erbfolge ohne eine Verfügung von Todes wegen, entstehen. Die Nachfolge eines bevorzugten Miterben mit der vollen Beteiligung ist aber nach der Theorie der Sondererbfolge gerade auch bei gesetzlicher Erbfolge möglich (oben, § 11 V 1). Einer entsprechenden letztwilligen Verfügung bedarf es nach ihr nicht. Das Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten nach § 2306 I 2 BGB, statt seinem Erbteil den Pflichtteil zu verlangen, ist damit umgangen, da es an der belastenden Verfügung des Erblassers fehlt.

einzuräumen, die dieser nach außen, der OHG gegenüber, gleichwohl allein repräsentiert [18]. Die Unterbeteiligungen können gekoppelt sein mit dem Recht zugunsten des Nachfolgers, sie allmählich zu ihrem jeweiligen vollen Wert, zumindest aber zu ihrem Wert beim Erbfall, zu übernehmen. So kann der Gesellschafter erreichen, daß seine Stellung mit der vollen Beteiligung auf den Nachfolger übergeht, wobei die Übernahme für den Nachfolger tragbar bleibt und zugleich die übrigen Erben einen gebührenden Anteil am Nachlaß erhalten. Der Gesellschafter müßte dazu etwa seine Erben entsprechend ihrem gesetzlichen Erbrecht einsetzen, weiter dem Nachfolger durch Vorausvermächtnis die Beteiligung zuweisen und zugleich dieses Vermächtnis durch Vermächtnis zugunsten der übrigen Erben soweit einschränken, daß jedem von ihnen zunächst ein angemessener Teil als Unterbeteiligung zukommt. Das Vermächtnis zugunsten der ausgeschlossenen Erben müßte dabei so attraktiv sein, daß es sie günstiger stellt, als wenn sie ausschlügen und den Pflichtteil forderten. Es kann aber im Wert hinter dem Erwerb des Nachfolgers zurückbleiben. [19]

---

18) Vgl. oben, § 13 I 2 a.

19) Im folgenden Beispiel ist es für die ausgeschlossenen Miterben günstiger, sich trotz erheblicher Bevorzugung des Nachfolgers mit ihrem Erbteil zufriedenzugeben: Der Gesellschafter hinterläßt 3 Söhne, einer ist zur Nachfolge berufen. Die Beteiligung hat einen Wert von 60 000, der übrige Nachlaß von 30 000. Nach dem Testament sind die Söhne Erben zu gleichen Teilen. Durch Vorausvermächtnis wird dem Nachfolger die Beteiligung zugewiesen, zugleich erhalten die beiden ausgeschlossenen Söhne durch Vermächtnis eine Unterbeteiligung von je 10 000 zugewiesen.
Jeder Sohn erhält dann ein Drittel des Nachlasses, von dem vorweg das Vorausvermächtnis abgezogen wird, also jeder 10 000. Dazu erhält der Nachfolger die Beteiligung im Wert von 60 000, abzüglich der beiden Unterbeteiligungen von je 10 000, die er den beiden anderen Söhnen einzuräumen hat. Insgesamt beträgt sein Erwerb 50 000, der Erwerb der beiden anderen je 20 000. Ihr Pflichtteil betrüge aber nur je 15 000.

II. Pflichtteil und Abfindungsklausel

1. Das Problem

Abfindungsklauseln, die in der Regel jeder Gesellschaftsvertrag enthält, können bei der Berechnung des Pflichtteils nicht außer Acht gelassen werden. Der Wert der arbeitenden Beteiligung und der Wert der aufgelösten Beteiligung (Abfindungsanspruch) können weit auseinanderklaffen [20]. Welcher Wert ist der Pflichtteilsberechnung zugrundezulegen?

a) Die Frage ist besonders dann problematisch, wenn der Gesellschafternachfolger die Pflichtteilsansprüche nicht aus dem übrigen Nachlaß oder aus sonstigem Vermögen befriedigen kann, sondern dazu die Beteiligung liquidieren muß.

Hierzu ein Beispiel:

> Der Gesellschafter hinterläßt seinen Erben - Frau, Sohn und Tochter - nur die Beteiligung mit einem realen Wert von 800 000, einem Buchwert dagegen von 100 000. Der Sohn soll ihm mit der vollen Beteiligung allein nachfolgen.
> Der gesetzliche Erbteil der Witwe beträgt gemäß § 1931 BGB ein Viertel des Nachlasses (= 200 000), der der Tochter gemäß § 1924 I, IV BGB drei Achtel (= 300 000). Der Pflichtteil beider beträgt davon die Hälfte, insgesamt 250 000. Witwe und Tochter verlangen vom Sohn den Pflichtteil. Der Sohn hat kein sonstiges Vermögen. Er muß die Beteiligung liquidieren. Nach dem Gesellschaftsvertrag erhält er als Abfindungsguthaben nur ihren Buchwert, also 100 000. Ihm, dem Alleinerben, bleibt dann aus dem Nachlaß nichts, vielmehr hat er darüberhinaus noch eine fällige Mehrschuld von 150 000 zu erfüllen [21].

Das Ergebnis ist unbefriedigend. Zwischen Nachlaß und Pflichtteil besteht eine offensichtliche Diskrepanz. Sie beruht darauf, daß die Abfindungsklausel sich auf den Nachlaß ausgewirkt und ihn erheblich gemindert hat, bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs aber getreu § 2311 I 1 HGB unberücksichtigt geblieben ist.

---

20) Oben, § 5 I.

21) Das Recht, nach § 2319 BGB bis zur Höhe seines eigenen Pflichtteils (hier = 150 000) die Befriedigung der anderen Pflichtteilsberechtigten zu verweigern, hat er als Alleinerbe nicht.

b) Eine für alle Teile billige Lösung darf nicht außer Acht lassen, daß der effektive Nachlaß, über den der Erbe noch verfügt, wenn die Abfindungsklausel zum Zuge kommt, hinter dem Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zurückbleiben kann. Der Pflichtteilsanspruch, der sich dennoch nach der vollen Beteiligung bemißt, obwohl der Erbe mit ihrer Liquidierung nur einen Abfindungsanspruch erhält, ist unangemessen hoch.

Andererseits gebietet § 2311 I 1 BGB, der Berechnung des Pflichtteils Bestand und Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrundezulegen. Dies bedeutet, daß bei erst späterer Kündigung durch den Erben und Gesellschafternachfolger der Wert der ungeschmälerten Beteiligung maßgebend bleibt [22]. Die Unbilligkeit, zu der konsequentes Beharren auf dieser Vorschrift führen kann, demonstriert das oben skizzierte Beispiel.

2. Lösungsvorschläge

Es gibt eine große Zahl von Lösungsvorschlägen, die sich um einen angemessenen Ausgleich zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten beim Vorhandensein von Abfindungsklauseln bemühen [23]. Unter ihnen lassen sich drei Hauptgruppen unterscheiden.

a) Die eine Gruppe orientiert sich am effektiven Erwerb des Erben. Ausgangspunkt für die Pflichtteilsberechnung ist das Abfindungsguthaben, das der Erbe zu erwarten hat, nicht der Vollwert der Beteiligung [24]. Kann er darüberhinaus mehr "realisieren" [25], etwa zu einem späteren Zeitpunkt die Beteiligung günstig veräußern, dann erhöht sich analog § 2313 BGB auch der Pflichtteilsanspruch.

---

22) Tiedau, MDR 59, S. 255.
Lange, S. 447, Fußn. 2: Trotz Abfindungsklauseln ist für die Pflichtteilsberechtigten der Vollwert des "Gesellschaftsanteils" maßgebend.

23) Vgl. Goroncy, NJW 62, 1895; Knöchlein, DNotZ 60, 452; Palandt, § 2311, 1 a; Rittner, FamRZ 61, 515; Schlegelberger-Geßler, § 138, 27 und 27 d; Siebert, NJW 60, 1033; Sudhoff, NJW 61, 801; Tiedau, MDR 59, 253 und Notartag 61, 120; Wiedemann, S. 218.

24) Siebert, NJW 60, 1034, in einer Lösungsskizze, die er jedoch selbst ablehnt; Sudhoff, DB 61, 1575; Tiedau, Notartag 61, 120; Wiedemann, S. 218.

25) Siebert, NJW 60, 1035.

Alle Lösungen, die vom Abfindungswert der Beteiligung ausgehen und allenfalls nachträglich eine Angleichung zum Vorteil der Pflichtteilsberechtigten vorsehen, sind schon im Ansatz verfehlt. Sie stehen in Widerspruch zu § 2311 BGB, der zwingend [26] die Berechnung des Pflichtteils nach dem wirklichen Wert der einzelnen Nachlaßgegenstände vorschreibt. Dies ist bei der Beteiligung der Vollwert, nicht der Abfindungswert. Diesen Wert hat die Beteiligung beim Erbfall und mit diesem Wert geht sie auf den Gesellschafternachfolger über. Eine abweichende Wertbestimmung ist nicht maßgebend [27].

b) In Übereinstimmung mit § 2311 BGB geht die andere Gruppe vom Vollwert der Beteiligung aus. Nach ihm berechnet sich der Pflichtteil, ohne Rücksicht auf Abfindungsklauseln [28]. Solange der Erbe die Mitgliedschaft in der OHG fortführen kann und im Genuß der vollen Beteiligung bleibt, wird nur diese Wertbemessung allen Beteiligten gerecht. Ebenso, wenn im Fall einer Geschäftsveräußerung die Abfindungsklausel gegenstandslos wird [29] und der Erbe den vollen Wert seiner Beteiligung ausgezahlt erhält. Anders aber ist es, wenn der Erbe bald nach dem Erbfall wieder aus der OHG austritt und sich nun mit einem mageren Abfindungsanspruch unvermindert hohen Pflichtteilsansprüchen gegenüber sieht.

Hier hat vor allem Siebert sich um einen Ausgleich im Interesse des Erben bemüht [30]. Soweit der Erbe den Vollwert der Beteiligung nicht realisieren kann, soll er in entsprechender Höhe die Erfüllung der Pflichtteilsansprüche vorläufig verweigern dürfen (§ 242 BGB). Das Leistungsverweigerungsrecht erlischt mit Realisierbarkeit des Vollwerts. Es verwandelt sich in ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Realisierbarkeit endgültig scheitert, so beim Abfindungsfall (Ausscheiden aus der OHG). Im übrigen steht es unter dem Vorbehalt des Zwangs zur Auflösung der Beteiligung. Es ist ausgeschlossen, soweit der Erbe aus dem übrigen Nachlaß oder flüssigem Privatvermögen die Pflichtteilsansprüche erfüllen kann. Siebert kommt so zu angemessenen, ausgeglichenen Ergebnissen. Doch sein Leistungsverweigerungsrecht für den Erben ist im Gesetz nicht begründet [31].

---

26) Oben, I 2 a.

27) Sudhoff, DB 61, 1575, meint demgegenüber, im Gesellschaftsvertrag könne wirksam bestimmt werden, die Pflichtteilsberechtigten seien auf der Grundlage des Buchwerts abzufinden.

28) Palandt, § 2311, 1 a; RGRK-BGB, § 2311, 21; Siebert, NJW 60, 1036 II; Tiedau, MDR 59, 255.

29) Tiedau, MDR 59, 256.

30) Siebert, NJW 60, 1036.

31) Ritter, FamRZ 61, 515: Die Lösung scheint salomonisch, entspricht sicher aber nicht dem geltenden Recht.

c) Die dritte Gruppe versucht, unter Abwägung aller maßgebenden Umstände sogleich einen endgültigen Wert für die Beteiligung zu finden, der regelmäßig zwischen Vollwert und Abfindungswert liegt [32]. Ausgangspunkt bleibt bei diesem Vorschlag der Vollwert [33], doch von ihm ist beim Vorhandensein von Abfindungsklauseln stets ein Abschlag zu machen [34]. Ob der durch Abschlag ermittelte endgültige Wert der Beteiligung näher beim Vollwert oder näher beim Abfindungswert liegt, richtet sich nach der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der wertbestimmenden Faktoren [35]. Die Aussicht der vollen Realisierbarkeit erhöht den Wert, die Gefahr des baldigen Ausscheidens mit dem beschränkten Abfindungsguthaben mindert ihn. Soweit kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an [36]. Doch immer wirken sich diese Erwartungen bereits am Stichtag auf die allgemeine Wertschätzung aus [37]. Sie ergeben unmittelbar einen endgültigen Wert der Beteiligung für die Berechnung des Pflichtteils.

In der Praxis dürfte diese Wertbestimmung der Beteiligung auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen [38]. Bei der notwendig ungewissen Entwicklung der gesamten Verhältnisse der OHG und des Gesellschaftemachfolgers läßt sich schwerlich ein zutreffender Zwischenwert für die Beteiligung finden. Auch scheint es bedenklich, überhaupt einen Zwischenwert zu suchen. Denn am maßgeblichen Stichtag, beim Erbfall, gehört die Beteiligung ungemindert zum Nachlaß. Trotz Abfindungsklausel geht sie mit ihrem vollen Wert auf den Erben über [39]. Die Abfindungsklausel bedeutet eine nur latente Belastung, die sich beim Erbfall noch nicht auswirkt und sich vielleicht auch nie auswirken wird. Ein Zwischenwert für die Beteiligung entspricht nicht der in § 2311 BGB vorgeschriebenen Bewertung.

---

32) Goroncy, NJW 62, 1896 f; Sudhoff, NJW 61, 805-807.

33) Goroncy, a.a.O., S. 1897.

34) Sudhoff, a.a.O., S. 806.

35) Sudhoff, a.a.O., S. 807.

36) Sudhoff, a.a.O., S. 805, will hier namentlich auch subjektive Momente berücksichtigen.

37) Goroncy, a.a.O., S. 1898.

38) Parr, S. 110.

39) Der Erbe erwirbt die arbeitende Beteiligung, nicht ein potentielles Abfindungsguthaben. Die Abfindungsklausel berührt die arbeitende Beteiligung unmittelbar nicht. Vgl. oben, § 5 II 1.

3. Die Beteiligung als auflösend bedingtes Recht

a) Eine brauchbare Lösung ergibt sich aus der Würdigung des tatsächlichen Geschehens. Die Beteiligung geht zunächst ohne Einbuße auf den Erben über [40]. Dem trägt die Bewertung zum Vollwert gemäß § 2311 BGB Rechnung. Solange der Erbe im Genuß der vollen Beteiligung bleibt, besteht kein Anlaß, für die Pflichtteilsberechtigung einen Abschlag zu machen.

Eine Ausgleichslage kann nur und erst entstehen, wenn ein späteres Ereignis den Wert der Beteiligung und damit den des Nachlasses ändert, sofern die wertbeeinflussenden Umstände schon zur Zeit des Erbfalles in der Beteiligung begründet waren [41]. Dies trifft bei einer Abfindungsklausel, die noch mit dem Alt-Gesellschafter vereinbart wurde, zu. Sie bewirkt, daß der Erbe die Beteiligung nur zum Teil unbedingt erhält, nämlich in Höhe des Abfindungsguthabens. Die darüber hinausgehende Abfindungsdifferenz steht ihm lediglich auflösend bedingt solange zu, wie er in der OHG bleibt [42].

Umgekehrt hat die Abfindungsklausel auch einen begünstigenden Effekt: Der Abfindungsverlust des einen Gesellschafters bedeutet zugleich für die anderen Gesellschafter einen entsprechenden Zuwachs. Das kann sich auch zum Vorteil des Gesellschafternachfolgers auswirken, wenn nach dem Erbfall einer der anderen Gesellschafter ausscheidet und ihm nur ein Abfindungsguthaben ausgezahlt wird. Nun erhöht sich der Wert der Beteiligung um ein anteiliges Stück der Abfindungs-

---

40) Bei der Nachfolgeklausel tritt mit dem Tod des Gesellschafters der Abfindungsfall nicht ein; vgl. oben, § 9 III 2 b. Anders ist es bei der Eintrittsklausel. Hier entsteht, da der Alt-Gesellschafter mit dem Tod ausgeschieden ist, nur ein Abfindungsanspruch, den erst der Eintritt des Erben wieder zur Beteiligung umwandelt; vgl. oben, § 9 III 2 a. Solange der Erbe nicht eintritt, kann daher nur der Abfindungswert der Pflichtteilsberechnung zugrundegelegt werden.

41) Eine nach dem Erbfall vereinbarte Abfindungsklausel kann auf die Höhe des Pflichtteils keinen Einfluß haben, auch wenn sie sich später nur deshalb zum Nachteil des Erben auswirkt, weil er zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen die Beteiligung auflösen muß.

42) Oben, § 5 II 2.
So auch Sudhoff, NJW 61, 803· "Der Vollwert ist auflösend, umgekehrt der Buchwert aufschiebend bedingt".

differenz [43]. Beim Erbfall aber gehört die Beteiligung (nur) mit ihrem Vollwert zum Nachlaß.

Für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs weist hier § 2313 BGB den Weg. Bei der Feststellung des Nachlaßwerts wird ein Recht, das von einer auflösenden Bedingung abhängt, zunächst wie ein unbedingtes behandelt (Absatz 1 Satz 2). Ein aufschiebend bedingtes Recht bleibt unberücksichtigt (Satz 1). Tritt später die Bedingung ein, so hat die entsprechende Ausgleichung zu erfolgen (Satz 3). Dies bedeutet für die Beteiligung, daß sie zunächst ausschließlich mit ihrem Vollwert anzusetzen ist. Muß der Gesellschafternachfolger später, um die Pflichtteilsansprüche erfüllen zu können, seine Beteiligung verwerten, so tritt die auflösende Bedingung ein. Der Pflichtteil berechnet sich dann nurmehr nach dem Abfindungswert der Beteiligung [44].

Auf diesem Weg lassen sich Härten vermeiden oder auf beide Teile gleich verteilen [45]. Geben sich die Pflichtteilsberechtigten damit zufrieden, etwa in Raten abgefunden zu werden, so können sie allmählich ihren Anteil am vollen Wert der Beteiligung erhalten. Drängen sie dagegen den Erben zur sofortigen Erfüllung ihrer Ansprüche, und kann dieser mangels anderem Vermögen den Pflichtteil nur durch Verwertung der Beteiligung auszahlen, dann haben auch sie nur am Abfindungsguthaben teil. Kann der Erbe wiederum die Kündigung dank anderem Vermögen, aus dem er die Pflichtteilsansprüche befriedigen kann, vermeiden, dann bleibt der Vollwert maßgebend, denn mit diesem Wert behält er selbst die Beteiligung.

Diese Lösung kommt zum selben Ergebnis wie Siebert [46], ohne des unscharfen und im Gesetz nicht begründeten Gedankens eines Leistungsverweigerungsrechtes zu bedürfen.

---

43) Besonders augenfällig ist dies, wenn es sich nurmehr um eine 2-Mann-OHG handelt und ein Gesellschafter das ganze Geschäft allein übernimmt. Dazu BGH LM (2) § 138 HGB.

44) Ebenso Sudhoff, NJW 61, 803, der allerdings nicht mit Überzeugung hinter seiner Erwägung steht.

45) Im Ausgangsbeispiel (oben, II 1 a) erhalten Witwe und Tochter als Pflichtteil insgesamt 5/16 der Erbschaft. Ihr Pflichtteilsanspruch beträgt, auf den Vollwert der Beteiligung (800 000) bezogen, 250 000. Er verringert sich bei Auflösung der Beteiligung auf 5/16 ihres Buchwerts (100 000), also auf 31 250. Der Rest (68 750) bleibt dem Sohn als Erben.

46) NJW 60, 1036.

b) Nicht jedes spätere Ereignis, das die Beteiligung betrifft, kann als Eintritt einer schon beim Erbfall begründeten Bedingung angesehen werden. Die künftige Wertänderung muß, um sich auf den "Nachlaß" auswirken zu können, in konkreter Beziehung zum Erbfall stehen [47]. Für die Kündigung, die durch Pflichtteilsbegehren erzwungen ist, trifft dies zu. Sie muß berücksichtigt werden, da der Erbe den Nachlaß nur mit Pflichtteilsrechten belastet erworben hat und gerade diese die wertmindernde Bedingung auslösen. In anderen Fällen ändert sich für den Pflichtteil die Berechnungsgrundlage dagegen regelmäßig nicht.

Der Erbe trägt als Gesellschafter das allgemeine Risiko, bei Auflösung der Beteiligung nur den Abfindungswert zu erhalten. Diese Belastung wird ihm durch die entsprechende Chance, beim Ausscheiden eines anderen Gesellschafters eine Wertsteigerung seiner Beteiligung zu erfahren, entgolten [48]. Vorteil und Nachteil halten sich soweit die Waage. So gut der Erbe aus einem beliebigen Grund kündigen kann, so gut kann auch ein anderer Gesellschafter ausscheiden. Auf die allgemeinen Abfindungsfälle bezogen, hat sich die Abfindungsklausel bereits beim Erbfall im Wert ausgeglichen. Sie können nicht mehr als besondere Bedingung i.S. des § 2312 I BGB angesehen werden, deren nachträglicher Eintritt zu einer Änderung des Pflichtteilsanspruchs nach unten oder nach oben führt. Die spätere Wertänderung der Beteiligung durch eine Kündigung aus normalen kaufmännischen Erwägungen (beispielsweise schlechter Geschäftsgang, Branchenwechsel, aber auch Geschäftsuntüchtigkeit [49], Playboy) beruht auf einem Tatbestand, der sich bei jedem Gesellschafter in gleicher Weise erfüllen kann. Sie ist mit dem Besitz, nicht mit dem Erwerb der Beteiligung verknüpft und ist so wenig zu berücksichtigen wie andere Umstände nach dem Erbfall [50]. Demgegenüber stellt die Kündigung, die durch Pflichtteilsansprüche erzwungen wurde, den Eintritt einer besonderen Bedingung dar, die unmittelbar mit dem Erwerb der

---

47) Im Interesse einer raschen Klärung stellt § 2311 BGB bei der Wertberechnung auf einen bestimmten Stichtag ab. Das spätere Geschehen berührt die Pflichtteilsansprüche grundsätzlich nicht. § 2313 BGB ist als Ausnahme davon eng zu verstehen. Die Bedingung muß nach dieser Vorschrift mit dem Nachlaß, nicht mit der Person des Erben verknüpft sein.

48) Oben, § 5 II 2.

49) Sudhoff, NJW 61, 803, will hier den Eintritt der Bedingung nach der Fiktion des § 162 II BGB nicht gelten lassen.

50) Dies folgt aus dem Stichtagsprinzip des § 2311 BGB. Ebenso liegt eine Geschäftsbeziehung, die beim Erbfall wohl angebahnt war, sich aber erst später als Gewinn oder Verlust niederschlägt, außerhalb des § 2313 BGB.

Beteiligung zusammenhängt und diesen Erwerb auflösend bedingt gestaltet.

Das Herbeiführen der auflösenden Bedingung kann treuwidrig sein, auch wenn aus dem Abfindungsguthaben Pflichtteilsansprüche erfüllt werden sollen. Dies etwa dann, wenn die Kündigung nicht erzwungen war, sondern dem Erben hinreichend sonstiges Vermögen zur Verfügung stand, das er in zumutbarer Weise zur Befriedigung der Pflichtteilsberechtigten einsetzen konnte. In entsprechender [51] Anwendung des § 162 II BGB gilt der so gegen Treu und Glauben bewirkte Eintritt der Bedingung als nicht erfolgt, d. h. die Pflichtteilsansprüche werden nicht gekürzt [52].

III. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch

1. Voraussetzungen. Abfindungsklauseln und Pflichtteilsergänzung.

Der Erblasser kann durch Verfügungen über sein Vermögen zu Lebzeiten den künftigen Nachlaß erheblich mindern. Ihretwegen wird daher unter bestimmten Voraussetzungen ein Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2325 BGB) gewährt. Andernfalls wäre der Schutz der nahen Angehörigen durch ihr Pflichtteilsrecht unvollständig [53]. Der Ergänzungsanspruch gründet sich auf Schenkungen [54], die der Erblasser in den zehn Jahren vor seinem Tod gemacht hat. Dafür kommt hier in Betracht, daß den übrigen Gesellschaftern dank der Abfindungsklausel ein Stück der Beteiligung zufällt, wenn der Erbe wieder aus der OHG ausscheidet. Diese Abfindungsdifferenz geht dem Nachlaß verloren und schmälert so den Pflichtteil. Die Abfindungsklausel kann insoweit eine Zuwendung an die anderen Gesellschafter bedeuten.

a) Ein Pflichtteilsergänzungsanspruch ist nur gegeben, wenn die Schenkung noch keine zehn Jahre zurückliegt (§ 2325 III BGB). Er kommt daher von vorn-

---

51) §§ 158 ff BGB regeln die rechtsgeschäftliche Bedingung. Der Erwerb der Beteiligung beruht jedoch nicht auf einem Rechtsgeschäft, sondern auf Erbgang.

52) Sudhoff, NJW 61, 803. "... so kann dem Erben auch hier evtl. § 162 Abs. 2 BGB entgegengehalten werden."

53) BGH NJW 61, 605; Kipp-Coing, S. 63.

54) Er umfaßt jede Schenkung des Erblassers (Lange, S. 461); auf die Absicht der Verkürzung kommt es nicht an (Kipp-Coing, S. 64).

herein nicht in Betracht, wenn der Gesellschafter die Abfindungsklausel schon mindestens zehn Jahre vor seinem Tod mit den anderen Gesellschaftern vereinbart hatte [55]. Denn die Vermögensverfügung, die zum Verlust der Abfindungsdifferenz führt, wurde bereits mit der Vereinbarung wirksam [56], wenn auch letztlich ihr Erfolg noch von der Bedingung des Ausscheidens abhängig blieb [57]. Für die übrigen Gesellschafter war damit ein Anwartschaftsrecht entstanden, das ihnen der Erblasser nicht mehr entziehen konnte und das nun ohne weiteres Dazutun mit dem Ausscheiden seines Nachfolgers zum Vollrecht (= Vermögenszuwachs in Höhe der Abfindungsdifferenz) erstarkt.

b) Ist die Abfindungsklausel noch keine zehn Jahre alt, so ist sie darauf zu prüfen, ob sie den Tatbestand einer Schenkung erfüllt [58] (§ 2325 I BGB). Unter einer Schenkung ist hierbei eine Schenkung im Sinn des § 516 BGB zu verstehen [59], es sind also die beiden Kriterien Zuwendung und Unentgeltlichkeit maßgebend.

Die Vereinbarung der Abfindungsklausel beinhaltet den Verzicht auf einen Teil des Abschichtungsguthabens, das dem Gesellschafter beim Ausscheiden gemäß § 738 BGB gebührte. In Höhe dieser Abfindungsdifferenz bedeutet die Abfindungsklausel daher eine aufschiebend bedingte Zuwendung an die übrigen Gesellschafter [60].

Die Zuwendung ist unentgeltlich, soweit ihr keine wertentsprechende Gegenleistung gegenübersteht. Als Gegenleistung ist hier die korrespondierende vertragliche Erklärung der übrigen Gesellschafter, ihrerseits ebenfalls für den Fall des Ausscheidens auf die Abfindungsdifferenz zu verzichten, anzusehen. Sie begründet für den Gesellschafter, der zugunsten aller übrigen Gesellschafter die Abfindungsdifferenz verlieren kann, zugleich die entsprechende Anwartschaft auf anteiligen Vermögenszuwachs beim Ausscheiden eines anderen Gesellschafters.

---

55) Schlegelberger-Geßler, § 138, 27 I 4 a.

56) Rittner, FamRZ 61, 513, mit weiteren Nachweisen.

57) Siebert, S. 11.

58) BGH NJW 61, 604; Kipp-Coing, S. 64; Lange, S. 462; Staudinger, § 2325, 2.

59) BGH NJW 61, 604.

60) RGRK-BGB, § 2325, 11; Siebert, S. 11.
Anderer Meinung Sudhoff, DB 61, 1575: Die Vereinbarung der Buchwertabfindung bedeutet keine Schenkung i. S. des § 2325. Kritisch zur "Zuwendung" Rittner, FamRZ 61, 509, 510.

Im Regelfall begünstigt und beschwert also die Abfindungsklausel alle Gesellschafter gleich; der Zuwendung eines jeden steht eine Gegenzuwendung der anderen gegenüber [61]. Die Zuwendung ist nicht unentgeltlich, eine Schenkung, die Pflichtteilsergänzungsansprüche begründete, besteht soweit nicht [62].

2. Pflichtteilsergänzung bei besonderen Abfindungsklauseln.

Abfindungsklauseln müssen nicht notwendig jeden Gesellschafter gleich treffen [63]. Je größer die Beteiligung eines Gesellschafters im Verhältnis zu den anderen ist, desto größer kann sein Abfindungsverlust sein [64]. Es finden sich auch einseitige Abfindungsklauseln, die nur für einen oder für bestimmte Gesellschafter gelten.

a) Bei einseitigen Abfindungsklauseln, die nur einen Gesellschafter betreffen, steht der Leistung dieses Gesellschafters keine Gegenleistung gegenüber. Sie führen daher als vollzogene Schenkung zu einem Pflichtteilsergänzungsanspruch [65], der sich nach der Höhe des Abfindungsverlustes bemißt. Maßgebend dafür ist der Wert der Beteiligung zur Zeit des Erbfalls. Hatte sie zur Zeit der Vereinbarung der Abfindungsklausel einen geringeren Wert - bei einer gesunden, expandierenden OHG wird dies meist der Fall sein - so gilt nur dieser (§ 2325 II 2 BGB).

b) Bei ungleichen Abfindungsklauseln, die zwar für alle Gesellschafter gelten, wertmäßig aber nicht jeden gleich treffen, weil die Beteiligungen verschieden hoch sind, verliert ein Gesellschafter mit hoher Beteiligung bei einer Abfindung nach den Buchwerten mehr, als er beim Ausscheiden eines anderen Gesellschafters mit kleiner Beteiligung gewinnen kann. Denn jeder Ausscheidende muß auf seinen Anteil an den Stillen Reserven verzichten; dieser richtet sich nach der Höhe der Beteiligung. Der Leistung des Gesellschafters mit höherer Beteiligung

---

61) Dieser überwiegenden Meinung widerspricht Rittner, FamRZ 61, 510.

62) Buchwald, AcP 54, 24 Fußn. 4; Reinicke, NJW 57, 522; Schlegelberger-Geßler, § 138, 27 I 4 b.
Rittner, FamRZ 61, 511, dagegen meint, das Begriffspaar entgeltlich-unentgeltlich passe schlechterdings nicht auf solche Vereinbarungen.

63) Schlegelberger-Geßler, § 138, 27 I 4 a, äußert hierzu Bedenken.

64) Im Fall der Buchwertklausel.

65) Sudhoff, DB 61, 1575.
Voraussetzung bleibt, daß die Klausel noch keine zehn Jahre (§ 2325 III BGB) alt ist.

steht daher in gewisser Höhe keine Gegenleistung gegenüber, so daß sie als insoweit unentgeltliche Zuwendung einen Ergänzungsanspruch begründen kann. Die unentgeltliche Zuwendung ließe sich nach dem Teil der Abfindungsdifferenz bestimmen, der den Durchschnittswert der Abfindungsdifferenzen der bleibenden Gesellschafter übertrifft [66]. Der maßgebliche Wert für die Abfindungsdifferenz zwischen Vollwert der Beteiligung und Abfindungsguthaben bestimmt sich nach § 2325 II 2 BGB.

c) Wie der Pflichtteilsanspruch richtet sich auch der Ergänzungsanspruch gegen den Erben (§ 2303 I 1 BGB) [67].

Doch der Erbe muß den Ergänzungsanspruch nicht immer erfüllen. Der selbst pflichtteilsberechtigte Erbe kann gemäß § 2328 BGB die Ergänzung des Pflichtteils soweit verweigern, daß ihm neben seinem eigenen Pflichtteils aus dem Nachlaß noch soviel verbleibt, wie ihm selbst als Pflichtteilsergänzungsanspruch zustände. Da bei dieser hypothetischen Pflichtteilsberechnung die Abfindungsdifferenz dem Restnachlaß wieder hinzugezählt wird, stünde dem Erben oft mehr zu, als er aus dem Nachlaß tatsächlich erhält. Zur Ergänzung des Pflichtteils ist er dann nicht verpflichtet. Den gewöhnlichen Pflichtteilsanspruch muß er gleichwohl erfüllen [68]. Im übrigen ist der Erbe nur soweit verpflichtet, als er nicht seine Haftung nach §§ 1975, 1990 BGB beschränkt hat. Reicht der Nachlaß zur Erfüllung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs nicht aus, dann kann der Erbe die

---

66) Beispiel: Nach der Abfindungsklausel würden die Gesellschafter beim Ausscheiden am Stichtag folgende Abfindungsdifferenzen verlieren: A=100 000, B=200 000, C=300 000. Dem Abfindungsverlust des C von 300 000 steht ein durchschnittlicher Abfindungsverlust bei A und B von 150 000 gegenüber. In Höhe von 150 000 bedeutet daher die Abfindungsklausel eine unentgeltliche Zuwendung des C.

67) Kipp-Coing, S. 66; Lange, S. 464.

68) Aus dem Beispiel unter II 1a) ergäbe sich dazu folgendes:

Nachlaßwert vor der Kündigung	= 800 000
Nachlaßwert nach der Kündigung	= 100 000
Abfindungsdifferenz	= 700 000
Pflichtteil von Mutter + Tochter	= 31 250

Pflichtteil nebst Ergänzung betrügen für den Erben 3/16 aus 800 000, also 150 000. Da ihm aus dem Nachlaß nach Auszahlung des Pflichtteils an Mutter und Tochter nur 68 750 bleiben, muß er weiter nicht ergänzen.

Unzulänglichkeitseinrede nach § 1990 BGB erheben [69].

3. Zusammenfassung

Ein Pflichtteilsergänzungsanspruch hinsichtlich der Beteiligung kann nur entstehen, wenn die Abfindungsklausel beim Erbfall noch keine zehn Jahre alt ist und sie den verstorbenen Gesellschafter schlechter stellt als die übrigen Gesellschafter.

4. Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter.

Wenn der Nachlaß zur Befriedigung der Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht ausreicht und der Erbe nicht weiter verpflichtet ist, haftet für den Rest der Beschenkte nach Bereicherungsrecht, § 2329 BGB [70]. Beschenkte sind bei einer Abfindungsklausel, die für den verstorbenen Gesellschafter eine unentgeltliche Zuwendung bedeutet, die übrigen Gesellschafter. Gegen sie können die Pflichtteilsberechtigten, die aus dem Nachlaß keine volle Befriedigung erlangen, unter engen Voraussetzungen einen direkten Anspruch haben. Dieser Anspruch, der einzige echte Abfindungsanspruch der ausgeschlossenen Gesellschaftererben, der sich gegen die übrigen Gesellschafter und nicht gegen den Nachfolger richtet [71], ist im Gesellschaftsvertrag nicht abdingbar. Doch er ist nur in den seltenen Fällen gegeben, in denen eine Abfindungsvereinbarung, die noch keine zehn Jahre alt ist und die den verstorbenen Gesellschafter benachteiligt, Pflichtteilsergänzungsansprüche begründet, für die der Nachfolger nicht oder nicht voll einzustehen hat.

---

69) RGZ 58, 127; BGH NJW 61, 870; Kipp-Coing, S. 67; Lange, S. 465 Fußn. 3; RGRK-BGB, § 2329, 1.

70) RGZ 54, 241; 81, 204; Ermann, § 2329, 2; Kipp-Coing, S. 67; Parr, S. 55; RGRK-BGB § 2329, 3; Soergel, § 2329, 2; Staudinger-Ferid, § 2329, 33.

71) § 2329 folgend gewährt § 1390 BGB beim Zugewinnausgleich zu Lebzeiten beider Ehegatten einen "Auffüllungsanspruch" (Gernhuber, S. 359), der sich ebenfalls unmittelbar gegen den begünstigten Dritten richtet, jedoch zusätzlich eine Benachteiligungsabsicht beim zuwendenden Ehegatten voraussetzt.

LEBENSLAUF

Am 20. Januar 1937 wurde ich als zweites Kind des Rechtsanwalts Otto Küster und seiner Ehefrau Irmgard, geb. Mayer - List, in Stuttgart geboren. Von Herbst 1943 bis 1946 besuchte ich in Stuttgart und Ofterdingen bei Tübingen die Volksschule, danach das Eberhard - Ludwigs - Gymnasium in Stuttgart, wo ich Anfang 1956 die Reifeprüfung ablegte. Im Mai 1956 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Ich studierte drei Semester in Tübingen, dann eines in Berlin und fünf in München. Dort bestand ich im Dezember 1960 die Erste juristische Staatsprüfung. Von Januar 1961 bis Januar 1965 war ich in Stuttgart Gerichtsreferendar. Hier legte ich am 22. Januar 1965 die Zweite juristische Staatsprüfung ab. Am 1. März 1965 trat ich in den Dienst der Finanzverwaltung von Baden - Württemberg ein. Nach einer allgemeinen steuerlichen Ausbildung als Finanzassessor wurde ich im September 1966 zum Regierungsassessor ernannt. Ich erhielt noch eine zusätzliche Ausbildung in der Tätigkeit des Betriebsprüfers und übernahm danach am 1. April 1967 die Leitung der Steuerfahndung beim Finanzamt Tübingen. Seit 2. Mai 1968 bin ich Regierungsrat und Sachgebietsleiter beim Finanzamt Stuttgart - III.